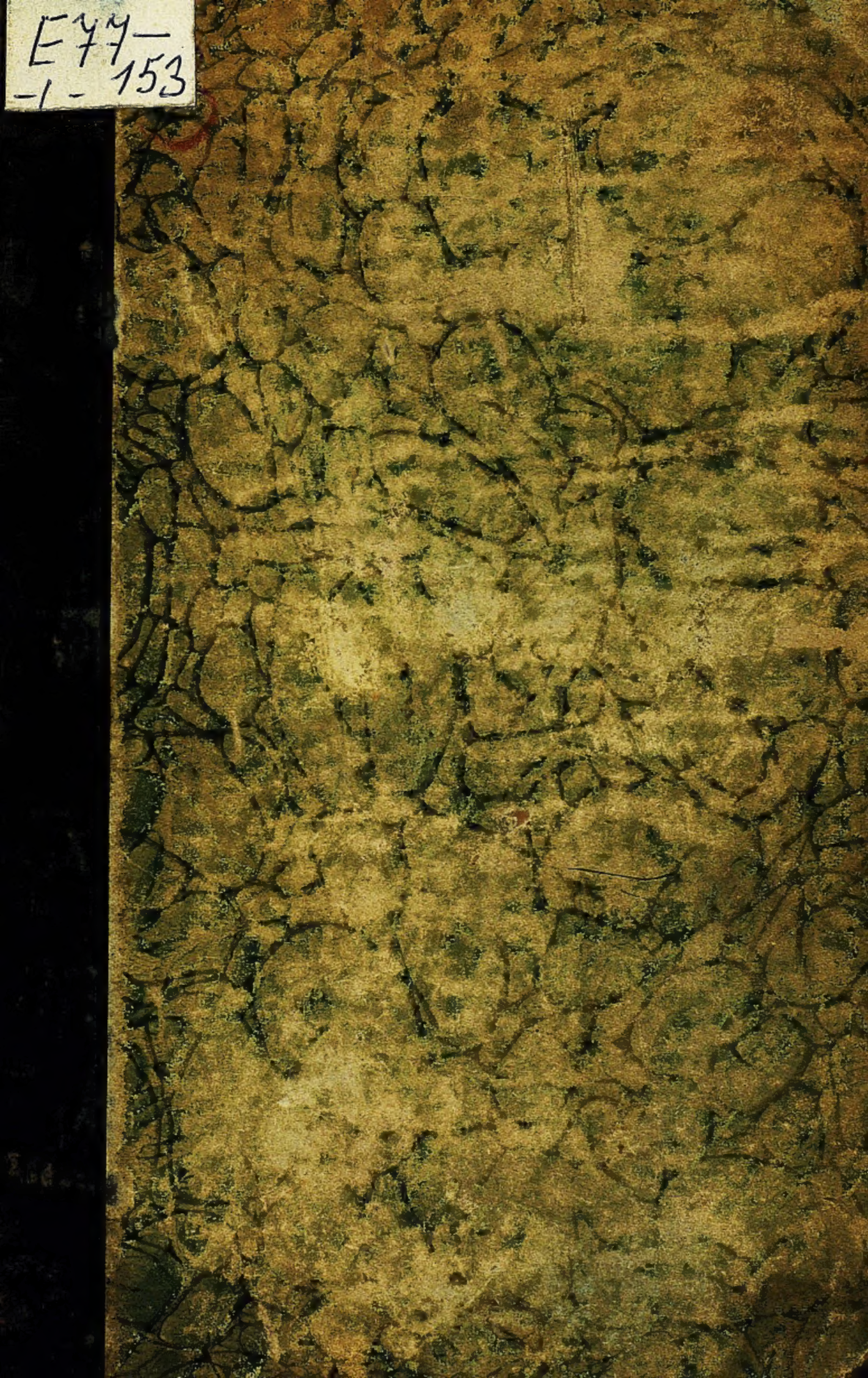
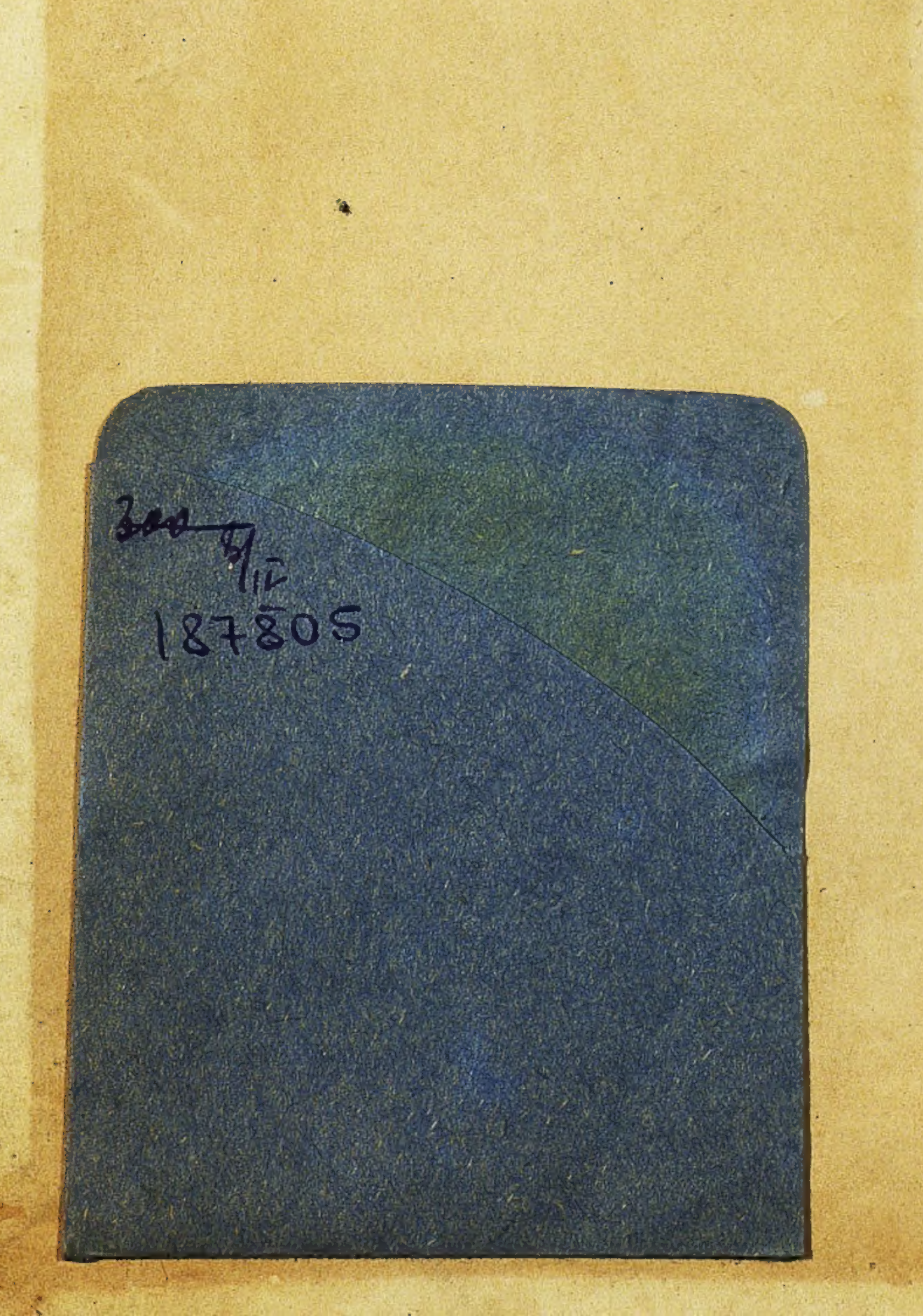



300
8/12
187805

УЧЕБНИКЪ
УГОЛОВНАГО ПРАВА.

СОСТАВЛЕННЫЙ

В. СПАСОВИЧЕМЪ.

ТОМЪ I.

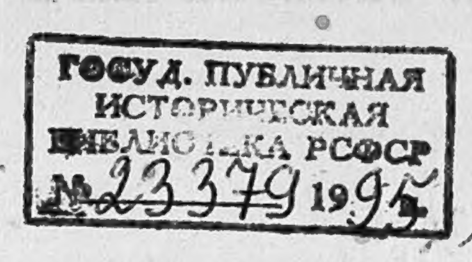
(Выпускъ первый.)

САНКТПЕТЕРБУРГЪ.

ВЪ ТИПОГРАФІИ ІОСАФАТА ОГРИЗКО.

1863.





Дозволено цензурою. С.-Петербургъ. Марта 6 дня, 1863 года.



ПРЕДИСЛОВІЕ.

Призванный въ 1857 году на кафедру уголовнаго права въ С. Петербургскомъ университетѣ, я долженъ былъ приняться за составленіе курса для моихъ слушателей. Составленный спѣшно курсъ этотъ имѣлъ всѣ недостатки срочной работы, чрезъ три года онъ оказался негоднымъ, потому что изученіе подробностей заставило усомниться и въ принятой исходной точкѣ зрѣнія и въ коренныхъ основаніяхъ системы. Надобно было провѣрить критически эти основанія. Я никогда не могъ помириться съ теоріями безусловной справедливости; пришлось покончить и съ эклектическими попытками согласованія абсолютныхъ теорій съ утилитарными; пришлось отказаться и отъ всякаго вообще абсолюта, отвергнуть всѣ отвлеченности и ставъ на почвѣ реализма, цѣль и задачу науки поставить въ неусыпномъ наблюденіи явленій живой дѣйствительности. Я старался преимущественно о сообщеніи изложенію моему возможно бо́льшей проститы и сжатости, вотъ почему я не вдавался въ казуистику, и ограничиваюсь не многими ссылками на источники и весьма богатую литературу моего предмета. Предлагаемый нынѣ томъ первый

заключаетъ въ себѣ общую часть уголовнаго права. Для части особенной и для судопроизводства, а также для исторіи уголовнаго права собралъ я кой какіе матеріалы, изъ которыхъ, если силъ и времени станетъ, надѣюсь составить цѣлый рядъ послѣдующихъ томовъ.

УЧЕБНИКЪ УГОЛОВНАГО ПРАВА.

ОБЩАЯ ЧАСТЬ УГОЛОВНАГО ПРАВА МАТЕРІАЛЬНАГО.

ВВЕДЕНІЕ.

Определеніе уголовнаго права. Отношеніе его къ другимъ частямъ законовѣденія и наукамъ.

§ 1. Во всякомъ государствѣ правительству, по существу его и назначенію, принадлежитъ право взыскивать посредствомъ наказанія съ нарушителей законовъ положительныхъ. Собственно говоря, эта власть карательная принадлежитъ не одному государству, но всякому общественному союзу въ отношеніи къ своимъ отдѣльнымъ членамъ: семьѣ, сословію, школѣ, церкви. Въ каждой отдѣльной группѣ лицъ, группа, какъ цѣлое имѣетъ право требовать, чтобы недѣлимые подчинялись ей, содѣйствуя общему благу цѣлой группы. Но въ большихъ обществахъ съ выработавшимся государственнымъ устройствомъ, власть производства взысканій главнымъ образомъ сосредоточена въ правительствѣ и его органахъ подъ названіемъ власти уголовной. Становясь на стражѣ положительнаго закона, которому подчинены всѣ лица и всѣ группы общественныя, правительство беретъ на себя судебное разбирательство во всѣхъ почти столкновеніяхъ, происходящихъ между различными группами и входящими въ составъ ихъ недѣлимыми. Почти исключительная принадлежность власти карательной правительству основывается, во-первыхъ, на томъ, что одно только правительство обладаетъ въ обществѣ достаточною матеріальною силою, чтобы охранять съ успѣхомъ обеспечиваемыя государственнымъ союзомъ права и общества и частныхъ лицъ; во-вторыхъ на томъ, что правительство по своему возвышенному положенію надъ всѣми недѣлимыми и отдѣльными группами и по своему безучастію въ круговоротѣ частныхъ, сталкивающихся между собою интересовъ, болѣе способно нежели кто бы то не было къ тому, чтобы посредничить между преступникомъ и обществомъ, и произнести возможно безпристрастный приговоръ. Малая лишь доля карательной власти осталась за отдѣльными группами въ обществѣ подъ названіемъ мѣръ дисци-

плинарныхъ, дисциплинарной юрисдикціи, отправляемой подъ надзоромъ государства. Такую дисциплинарную власть имѣетъ отецъ надъ дѣтьми, сословіе надъ своими членами, начальство военное и гражданское надъ подчиненными, церковь надъ вѣрующими. Примыкая къ власти уголовной государства, власть дисциплинарная отдѣльныхъ группъ общественныхъ служитъ ей подспоріемъ, дополненіемъ. Она обыкновенно ограничивается одними только легкими исправительными средствами. Бываютъ однако случаи, когда законодательство, въ видахъ государственной политики, предоставляетъ отдѣльнымъ лицамъ и группамъ настоящія уголовныя наказанія, допуская ихъ употреблять эти наказанія по своему усмотрѣнію. Такъ напр., родители могутъ по нашимъ законамъ (Улож. о нак. ст. 2164) отдавать дѣтей въ смирительные дома на время до 6 мѣсяцевъ. Весьма недавно отмѣнено у насъ крѣпостное право, при существованіи коего, помѣщикъ судилъ преступленія крѣпостныхъ крестьянъ, невлекущія за собою наказанія ссылкою въ каторжныя работы или на поселеніе (Св. зак. т. IX. ст. 1052), могъ отдавать крѣпостныхъ въ рабочіе и смирительные дома или въ арестантскія роты гражданскаго вѣдомства (таже статья), или ссылать на водвореніе въ Сибирь (т. XIV, Уст. о предупр. и пресѣч. прест. ст. 396—401).

Наказываніе преступниковъ есть одно изъ необходимыхъ отправленій общественнаго организма. Оно совершается правильно, съ соблюденіемъ извѣстныхъ формъ, по извѣстнымъ правиламъ. Совокупность законовъ, опредѣляющихъ правила, по которымъ дѣйствуетъ правительство въ государствѣ при производствѣ уголовныхъ взысканій съ нарушителей общественнаго порядка, называется уголовнымъ правомъ.

Уголовное право можетъ быть разсматриваемо съ двухъ разныхъ точекъ зрѣнія: 1) какъ законодательство положительное и 2) какъ наука. Уголовное право, какъ законодательство положительное, есть та часть законодательства извѣстнаго народа, въ которой опредѣляются преступленія. Законы положительные, какъ писанные, такъ и обычные, вытекая изъ потребностей народа и выражая его юридическія понятія, имѣютъ всегда логическое основаніе, то есть законодатель дошелъ до нихъ посредствомъ логическихъ выводовъ и соображеній. Но этихъ соображеній въ законѣ нѣтъ. Законъ содержитъ обыкновенно сухой, безцвѣтный, ничѣмъ не мотивированный запретъ или приказъ. Юристу недостаточно знать одно содержаніе закона, онъ долженъ доискаться сокровенной причины породившей законъ, онъ долженъ возстановить обратнымъ путемъ, посредствомъ наведенія, связь законоположенія съ породившими его потребностями народнаго быта, съ большею или меньшею ясностью сознаваемыми законодателемъ; онъ долженъ осмыслить положительный законъ, свести законодательство во всемъ его объемѣ къ немногимъ кореннымъ юридическимъ идеямъ. Такая работа, состоящая въ осмысливаніи

положительнаго закона, составляетъ задачу науки. Наука уголовнаго права есть систематическое изложенiе коренныхъ общихъ началъ отправленiя уголовнаго правосудiя, извлеченныхъ логическою дѣятельностью ума изъ извѣстнаго какого нибудь законодательства или всѣхъ вообще законодательствъ. Легко теперь опредѣлить отношенiе между уголовнымъ правомъ положительнымъ и наукою уголовнаго права. Уголовное право положительное есть грубый, сырой матерiалъ, куча накопившихся въ теченiи времени узаконенiй. Наука перерабатываетъ этотъ сырой матерiалъ, она его сортируетъ по матерiямъ, исключаетъ все несущественное, случайное; подмѣчаетъ общее и коренное и превращаетъ въ стройную систему понятiй даннаго народа или всѣхъ народовъ о правосудiи уголовномъ, образовавшуюся подъ влiянiемъ всѣхъ условiй историческаго существованiя этихъ народовъ и отражающую всѣ характеристическiя особенности ихъ духа. Настоящее сочиненiе посвящено наукѣ уголовнаго права, законодательство же русское положительное будетъ служить для него только матерiяломъ, притомъ матерiяломъ, хотя главнымъ, но не единственнымъ, потому что придется по каждому вопросу сличать его постановленiя съ постановленiями другихъ законодательствъ; придется на каждомъ почти шагу употреблять методъ сравнительный, безъ коего теперь не можетъ обходиться наука законовѣденiя, ни въ одной изъ своихъ отраслей.

§ 2. Уголовное право дѣлится на *матерiальное* и *формальное*. Первое изъ нихъ, или уголовное право въ тѣсномъ смыслѣ, заключаетъ въ себѣ всѣ законы, опредѣляющiе преступленiя и соотвѣтствующiя этимъ преступленiямъ наказанiя. Уголовное право формальное или уголовное судопроизводство, есть совокупность законовъ, опредѣляющихъ формы, обряды и прiемы употребляемые органами уголовной власти государства при примѣненiи уголовныхъ законовъ къ отдѣльнымъ, совершаемымъ въ обществѣ преступленiямъ. Уголовное право матерiальное подраздѣляется еще на часть общую и часть особенную. Общая часть разсматриваетъ законъ уголовный, преступленiе и наказанiе какъ общiя, родовыя понятiя. Особенная часть отъ этихъ общихъ понятiй переходитъ къ частностямъ и излагаетъ отдѣльные виды преступленiй и ихъ наказуемость. Въ настоящемъ томѣ я намѣренъ ограничиться однимъ уголовнымъ правомъ матерiальнымъ и изложить одну только общую его часть.

§ 3. Опредѣлимъ отношенiе уголовнаго права къ другимъ частямъ законовѣденiя. Всего употребительнѣе до сихъ поръ въ наукѣ дѣленiе права на частное и общественное, дѣленiе основанное на томъ, что человѣкъ, будучи существомъ свободнымъ и въ тоже время общежительнымъ, можетъ быть разсматриваемъ и какъ недѣлимое, и какъ составная частица инаго собирательнаго цѣлаго высшаго порядка. Организмъ обще-

ственный имѣетъ какъ бы два полюса: личность и общественность; оба эти понятія обусловливаются и дополняются одно другимъ. Всѣ человѣческія отношенія сводятся къ этимъ двумъ кореннымъ началамъ и укладываются въ двѣ группы: одни изъ нихъ вытекаютъ изъ требованій личной свободы, другія изъ требованій общительности. Въ область права частнаго входятъ всѣ юридическія отношенія, основанныя на относительной самостоятельности, какъ недѣлимаго, такъ и каждой дробной собирательной группы входящей въ общественный союзъ (семьи, сословія, церкви, правительства), иными словами всѣ права и обязанности членовъ общественнаго организма, разсматриваемыхъ какъ особыя части существующія сами для себя, и могущія въ извѣстныхъ предѣлахъ стремиться къ осуществленію своихъ особенныхъ цѣлей. Въ составъ права общественнаго входятъ всѣ юридическія отношенія, основанныя на зависимости каждаго недѣлимаго и каждой дробной группы отъ заключающаго ихъ въ себѣ цѣлаго союза общественнаго, иными словами права и обязанности членовъ общественнаго организма, разсматриваемыхъ со стороны ихъ содѣйствія общему благу цѣлаго общественнаго союза (семейственнаго, сословнаго, церковнаго, государственнаго и т. д.). Карательное право, какъ уголовное, такъ и дисциплинарное принадлежитъ цѣликомъ къ области права общественнаго, потому что оно есть право принадлежащее обществу какъ цѣлому и существуетъ въ видахъ охраненія общественнаго порядка отъ посягательствъ на него со стороны отдѣльныхъ недѣлимыхъ.

Уголовное право примыкаетъ однако къ частному въ области правонарушеній и суда. Правонарушеніе есть общее родовое понятіе заключающее въ себѣ и правонарушенія частныя, подсудныя суду гражданскому, и преступленія уголовныя, подсудныя судамъ уголовнымъ. Трудно провести теоретически точную границу между этими понятіями. Ее проводятъ эмпирически, у каждаго народа иначе, его исторія и его положительное законодательство. Въ колыбели обществъ, при слабости связи общественной, всѣ почти правонарушенія имѣютъ только частный характеръ; съ развитіемъ государственныхъ формъ быта законодательство приходитъ къ сознанію, что рѣдкое изъ правонарушеній, даже частныхъ, обходится безъ примѣси элемента публичнаго права, — а такъ какъ въ жизни нѣтъ рѣзкихъ переходовъ и скачковъ, то въ развитыхъ законодательствахъ образуются даже промежуточныя, смѣшанныя формы полупубличныхъ — получастныхъ преступленій. Какъ ни трудно разграничить неправды гражданскія отъ уголовныхъ, все таки нельзя отрицать что различіе между тѣми и другими существуетъ и основывается на слѣдующемъ. Преступленія гражданскія суть нарушенія правъ чьихъ либо частныхъ, поставленныхъ въ полную зависимость отъ частнаго произвола; нарушенія, которыя раждаютъ только обязанность

вознаградить владѣльца права, но не касаются общественнаго быта. Общество охраняетъ права частныя лишь на столько, на сколько этого требуетъ самъ владѣлецъ. Преступленія уголовныя, или иначе общественныя, суть нарушенія учрежденій установленныхъ въ интересѣ общественнаго порядка и признаваемыхъ необходимыми условіями общежитія. Судъ гражданскій есть посредникъ между двумя сторонами, какъ частными лицами, и имѣетъ цѣлью доставить одной изъ нихъ, которая обижена, удовлетвореніе. Судъ уголовный есть посредникъ между преступникомъ и обществомъ и заботится о возстановленіи и утвержденіи возмущеннаго преступленіемъ общественнаго порядка. Судъ гражданскій располагаетъ извѣстными средствами принудительными, которыя падаютъ главнымъ образомъ на имущество виновнаго, и только при несостоятельности его обращаются на его лицо. Судъ уголовный снабженъ мѣрами принужденія, которыя направлены главнымъ образомъ на личныя права виновнаго, и въ немногихъ только случаяхъ касаются его имущества.

По различію общественныхъ союзовъ право общественное можетъ быть семейственное, церковное, государственное и т. д. Такъ какъ уголовная власть принадлежитъ исключительно государству и сосредоточена въ рукахъ правительства, то уголовное право есть часть государственнаго и находится въ тѣснѣйшей связи съ правомъ административнымъ или съ законами о государственномъ управленіи. Государственное управленіе, если изъ него исключить сношенія внѣшнія государства съ другими державами и организацію военныхъ силъ, сводится къ тремъ предметамъ: полиціи, суду и финансамъ. Административное право, излагая между прочимъ и систему органовъ судебно-уголовныхъ, связано съ уголовнымъ процессомъ, который составляетъ часть уголовнаго права, посредствомъ судоустройства, которое можетъ быть отнесено и къ области административнаго права и къ области уголовнаго судопроизводства. Впрочемъ административное право занимается судоустройствомъ уголовнымъ болѣе съ внѣшней формальной его стороны, между тѣмъ какъ въ уголовномъ процессѣ судоустройство разсматривается съ его стороны матеріальной, то есть на сколько данное устройство органовъ суда, способно къ достиженію цѣлей уголовнаго правосудія. Уголовное право имѣетъ также весьма много точекъ соприкосновенія съ полицейскимъ. Цѣль полиціи положительная: матеріальное и духовное благосостояніе народа. Ея задача—устраненіе государствомъ препятствій, задерживающихъ развитіе силъ народныхъ. Одно изъ такихъ препятствій заключается въ склонности народа къ преступленіямъ. Та часть полиціи, которая занимается мѣрами къ отвращенію могущихъ случиться преступленій называется полиціею предупредительною [1]). Соприкасаясь съ уго-

---

[1]) Впрочемъ Mohl и многіе нѣмецкіе юристы относятъ эту часть полиціи къ юстиціи, подъ названіемъ Präventiv-Justiz.

ловнымъ правосудіемъ, предупредительная полиція имѣетъ съ нимъ общій предметъ: преступленіе, которому она противудѣйствуетъ, уничтожая поводы и возможность его совершенія, между тѣмъ какъ юстиція взыскиваетъ за преступленіе уже совершившееся. Такъ какъ жизненныя отправленія могутъ быть одно отъ другаго рѣзко отдѣлены только въ теоріи, но сливаются почти незамѣтно въ дѣйствительности, то на дѣлѣ оказывается, что въ уголовное право входитъ всегда кусокъ полиціи, а именно ему подлежатъ многія дѣйствія, которыя не содержатъ въ себѣ настоящихъ правонарушеній, но только располагаютъ къ нимъ и потому запрещаются подъ страхомъ наказанія; на оборотъ, многіе полицейскіе органы снабжены дисциплинарными мѣрами взысканія, безъ суда, за маловажныя преступленія.

§ 4. Средствами вспомогательными при изученіи уголовнаго права служатъ слѣдующія науки:

1) *Философія.* Уголовное право находитъ свое оправданіе въ философіи уголовнаго права, а философія уголовнаго права есть только одна изъ составныхъ частей всякой философской системы.

2) *Антропологія* съ ея составными частями: физіологіею человѣка и психологіею. Одинъ изъ важнѣйшихъ вопросовъ уголовнаго права, вопросъ о вмѣненіи, только и можетъ быть разрѣшенъ съ помощію данныхъ, доставляемыхъ психологіею.

3) *Науки политическія.* Уголовное право и въ особенности часть его формальная (процессъ), находятся въ зависимости отъ устройства государственнаго вообще. Для криминалиста въ особенности важна уголовная статистика, — примѣненіе точнаго, математическаго метода къ области патологическихъ, болѣзненныхъ явленій жизни общественной. Ея выводы служатъ указаніями, въ какой степени склонность къ преступленію дѣйствуетъ въ различныхъ возрастахъ, полахъ, мѣстностяхъ, состояніяхъ, въ зависимости отъ всѣхъ внѣшнихъ условій быта. Она представляетъ собою вѣрнѣйшую точку опоры для законодателя и можетъ быть употреблена въ будущемъ какъ рычагъ, для преобразованія уголовнаго права въ цѣломъ его составѣ.

4) *Науки историческія.* Исторія вообще и въ особенности исторія законодательствъ, изучаемая по сравнительному методу, не должны быть оставляемы безъ вниманія криминалистомъ, потому что уголовное право раскрываетъ тѣже особенности характеристическія въ жизни народа, которыя примѣтны и въ другихъ частяхъ его законодательства, равно какъ и въ другихъ отрасляхъ его дѣятельности: наукѣ, искуствѣ, религіи. По тѣсной связи всѣхъ явленій жизни народной, криминалисту приходится повѣрять свои наблюденія надъ уголовнымъ правомъ изученіемъ другихъ сторонъ жизни народной.

5) *Науки естественныя*, въ особенности судебная медицина, со-

вокупность свѣденій, почерпаемыхъ въ медицинѣ, физикѣ, химіи и другихъ естественныхъ наукахъ, необходимыхъ для разрѣшенія вопросовъ процессуально-уголовныхъ.

6) *Филологія.* Наука уголовнаго права сдѣлала столь огромные успѣхи съ XVIII столѣтія въ Италіи, Франціи, Германіи, Англіи, что на долгое время главная задача русскихъ юристовъ будетъ состоять въ томъ, чтобы, съ помощью добытыхъ западно-европейскими учеными результатовъ, переработать громадный, почти еще нетронутый матеріялъ русскаго уголовнаго права. По этому для криминалиста необходимо тѣснѣйшее знакомство съ новѣйшими литературами, въ особенности съ нѣмецкою и французскою. Для обработки юридическихъ памятниковъ старины, сверхъ древне-славянскаго языка, требуется знаніе греческаго, латинскаго и единоплеменныхъ славянскихъ, въ особенности же польскаго.

УГОЛОВНАГО ПРАВА.

ОБЩАЯ ЧАСТЬ.

---

§ 5. Содержаніе и дѣленіе общей части должны опредѣлиться предметами входящими въ область этой общей части, а эти предметы суть: законъ уголовный, преступленіе, наказаніе и уравненіе преступленія съ наказаніемъ или мѣра наказанія. Но корень всѣхъ этихъ понятій заключается въ философіи права. Ихъ нельзя никакъ объяснить, не прибѣгая къ философскому методу, состоящему въ выводѣ этихъ понятій изъ природы человѣка и общества. Выводъ этихъ понятій породилъ множество теорій уголовныхъ, различающихся какъ основными своими положеніями, такъ и практическими примѣненіями. Поэтому, анализу предметовъ общей части долженъ предшествовать критическій разборъ теорій уголовнаго права. За ученіемъ о мѣрѣ наказанія, долженъ быть помѣщенъ обзоръ причинъ погашающихъ уголовныя послѣдствія преступленія. Наконецъ, такъ какъ главное законодательство, которое мы не должны терять изъ виду, есть законодательство уголовное русское, то всего приличнѣе заключить общую часть его критическимъ разборомъ. Конечно его постановленія могли бы быть размѣщены по предшествующимъ главамъ, но такъ какъ всѣ они тѣсно между собою связаны, то я и предпочелъ не раздроблять ихъ, а представить цѣльную ихъ систему.

ГЛАВА I.

ОЧЕРКЪ ТЕОРІЙ УГОЛОВНАГО ПРАВА.

---

§ 6. Съ незапамятныхъ временъ существуютъ государства и употребляютъ наказанія для охраненія общественнаго порядка. Исторія не представляетъ намъ примѣра общества, которое бы существовало безъ мѣръ карательныхъ; огромное большинство людей убѣждено, что никакое общество держаться не могло бы безъ уголовныхъ казней. Опытъ насъ учитъ что власть уголовная государства не безусловна, но заключена въ извѣстные предѣлы. Наказаніе возмущаетъ насъ, когда оно постигаетъ невиннаго; мы ему сочувствуемъ только тогда, когда оно примѣняется къ преступнику въ видѣ необходимаго послѣдствія его злаго дѣла, и при томъ когда оно не превышаетъ мѣры его вины. При изученіи наказанія, мы наталкиваемся необходимо на вопросы: какія дѣянія считать преступными, т. е. достойными наказанія и какія нѣтъ? Какъ соразмѣрять наказаніе съ виною? Эти два вопроса содержатся въ третьемъ: на чемъ основано право государствъ наказывать? Если намъ удастся уяснить себѣ существо уголовной власти, осмыслить, доказать логически необходимость принадлежности ея государству, то изъ опредѣленнаго такимъ образомъ существа уголовнаго правосудія, намъ легко будетъ вывести и дѣянія подлежащія этому правосудію и мѣру наказанія. Таковы вопросы, которые наука уголовнаго права ставитъ съ перваго разу. Мы не найдемъ отвѣта на эти вопросы въ положительныхъ законодательствахъ. Положительныя законодательства опираются на тотъ фактъ несомнѣнный и неопровержимый, что изъ поконъ вѣка существовало наказаніе; этого факта для нихъ достаточно. Отвѣтъ можетъ дать одна только философія уголовнаго права. Въ трехъ сформулированныхъ мною вопросахъ, заключается, можно сказать, все уголовное право.

Намъ могутъ замѣтить: нельзя ли обойтись безъ рѣшенія этихъ

трудныхъ вопросовъ и положиться преспокойно на фактъ повсемѣстнаго употребленія наказаній? нельзя ли довольствоваться изученіемъ положительнаго кодекса и его опредѣленій? Къ несчастію это невозможно. Знаніе на перечетъ статей закона еще не составляетъ науки и недостаточно ни для ученаго криминалиста, ни для законодателя, ни для судьи. Оно недостаточно для криминалиста, потому что оцѣнивая критически законоположенія уголовныя всѣхъ народовъ, онъ нуждается въ масштабѣ для этой оцѣнки, а масштабомъ можетъ быть только разумъ, то есть иными словами — философія. Оно недостаточно для законодателя потому, что создавая и отмѣняя законъ положительный, законодатель стоитъ выше закона и долженъ имѣть ясное сознаніе о томъ что ему слѣдуетъ отмѣнить или ввести, о разумности своего запрета или приказа. Наконецъ, хотя судья стоитъ ниже закона и есть его органъ и исполнитель, но органъ не слѣпой а сознательный. Онъ долженъ стараться умѣрять излишнюю строгость закона; онъ толкуетъ его въ сомнительныхъ случаяхъ, слѣдовательно и онъ долженъ обращаться съ закономъ безъ идолопоклонства, критически.

Итакъ, по совершенной невозможности миновать вопросы о существѣ уголовной власти государства, мы должны обратиться къ философіи и заимствовать у нея такую точку зрѣнія, съ которой бы мы могли обозрѣть разомъ всю совокупность предметовъ, входящихъ въ область уголовнаго права и уяснить себѣ ихъ взаимную связь и зависимость. Но сама философія не есть нѣчто законченное, совершенное. Ни одна изъ ея системъ не достигла, да и не можетъ надѣяться достигнуть полнаго, всеобщаго признанія. Она есть вершина человѣческаго развитія, послѣдній и самый поздній плодъ цивилизаціи; но она раздѣляетъ судьбу всего человѣческаго: преходячесть. Съ помощью формальной, всеобъединяющей способности ума, подводящей все сущее подъ извѣстныя категоріи, человѣкъ, вдумываясь въ явленія, происходящія какъ въ микрокосмѣ вселенной, такъ и въ микрокосмѣ своего сознанія, сводитъ эти явленія къ ихъ простѣйшимъ элементамъ, а эти элементы къ одному какому нибудь всесодержащему и всеобъясняющему положенію. Это цѣльное міросозерцаніе, въ которомъ всесущее объясняется изъ одного начала, называется философскою системою. Система всякая заимствована изъ жизни, но жизнь приноситъ ежеминутно съ собою цѣлыя группы новыхъ наблюденій и опытовъ, цѣлые ряды новыхъ явленій, неумѣщающихся въ рамкахъ выстроенной системы. Система вѣтшаетъ, становится пережитымъ моментомъ, покинутою точкою зрѣнія, чѣмъ-то пригоднымъ лишь въ смыслѣ матеріяла для будущей, болѣе громадной постройки. Криминалистъ долженъ всячески стараться слѣдить за ходомъ философіи, идти съ нею въ уровень, сообразоваться съ ея успѣхами и послѣдними добытыми ею результатами. Всякая уголовная теорія

есть только часть извѣстнаго философскаго міросозерцанія и опирается на ту или на другую философскую систему.

Сама философія есть наука, сравнительно съ другими, новая. Она обусловливается въ своемъ развитіи полною свободою мышленія, возможностью отрѣшиться отъ всякихъ внѣшнихъ авторитетовъ. Она является обыкновенно въ промежуткѣ между двумя религіями, двумя цивилизаціями. Она почти неизвѣстна востоку, явилась въ Греціи незадолго до Пелопонезской войны, служила свѣтильникомъ великимъ римскимъ юристамъ, способствовала развитію догматовъ самой религіи христіанской и погрузилась въ мистицизмъ въ школѣ Александрійской. Въ средніе вѣка ея не было; схоластика едвали заслуживаетъ названія философіи. Она воскресла собственно только послѣ реформаціи, когда мысль человѣческая опять сдѣлалась свободнѣе. Основателями ея были въ западной Европѣ, въ послѣднемъ періодѣ исторіи, два великіе мыслителя Бэконъ и Декартъ, изобрѣтатели двухъ главныхъ методовъ мышленія: эмпирическаго или наведенія и умозрительнаго или анализа. Отъ нихъ философія идетъ двумя струями, по двумъ главнымъ направленіямъ, которыя могутъ быть названы одно реализмомъ, другое идеализмомъ.

§ 7. *Декартъ* (1596 + 1650) началъ съ того, что усомнился систематически во всемъ, отвергнулъ всѣ авторитеты и всякое на нихъ основанное знаніе. Въ одномъ только онъ не могъ усомниться, а именно въ томъ, что онъ сомнѣвается, что онъ мыслитъ (cogito ergo sum) и на этомъ фактѣ психологическомъ, очевидномъ, положительно знаемомъ, онъ построилъ все остальное человѣческое знаніе. Внѣдряясь въ мысль, анализируя сознаніе, Декартъ замѣчаетъ въ немъ присутствіе идеи, которая не могла прійти извнѣ, не заимствована изъ опыта, но врождена уму, апріорическая; это—идея безконечнаго совершенства. Изъ того, что эта идея присуща всякому мышленію, Декартъ заключаетъ, что и предметъ, которому соотвѣтствуетъ эта идея, имѣетъ реальное, дѣйствительное существованіе. Этотъ предметъ есть всесовершеннѣйшее существо — Богъ. Доказаніемъ существованія Бога, Декартъ полагаетъ основаніе естественной религіи, отличной отъ религіи откровенной и заимствующей свои познанія изъ одного ума. Изъ существованія Бога Декартъ выводитъ довольно окольнымъ путемъ, цѣпью весьма натянутыхъ силлогизмовъ, необходимость существованія міра физическаго. Въ этой системѣ психологія, естественная религія, философія природы — все развертывается, безъ помощи опыта, изъ одного положенія принятаго за аксіому: „я мыслю, слѣдовательно я есьмъ“, посредствомъ одного анализа, въ видѣ ряда геометрическихъ теоремъ. Изящная простота этого геометрическаго вывода, была лучемъ свѣта послѣ схоластики. Современники и позднѣйшіе послѣдователи Декарта,

ослѣпленные кажущеюся строгою точностью его метода, не обратили вниманія на разительные недостатки въ его ученіи, на скачки въ его философствованіи. Они не замѣтили, что задача которую ставитъ себѣ Декартъ: выстроить весь міръ изъ однихъ апріорическихъ началъ разума, не прибѣгая къ опыту, нерѣшима, невозможна; потому что мысль наша все свое содержаніе заимствуетъ изъ опыта внутренняго (психическаго) или внѣшняго (чувственнаго), а нашъ разумъ имѣетъ только формальную способность претворять эти данныя опыта въ идеи. Притомъ Декартъ дѣлаетъ огромный непростительный скачекъ въ своемъ выводѣ: изъ присутствія въ сознаніи нашемъ извѣстнаго идеала, онъ заключаетъ о дѣйствительномъ реальномъ существованіи этого идеала внѣ сознанія нашего, въ мірѣ вещей. Въ существованіе этого идеала религія заставляетъ вѣрить. Милліоны вѣруютъ и невозможно себѣ представить, какъ бы могло держаться общество безъ подобной вѣры. Но Декартъ эту истину, столь легко усваиваемую вѣрою, берется доказать, сдѣлать предметомъ знанія, причемъ онъ, самъ того не замѣчая, подчиняется религіознымъ представленіямъ. Онъ полагаетъ, что онъ покончилъ съ откровеніемъ, съ авторитетомъ, а между тѣмъ онъ заимствуетъ изъ религіи откровенной то, что въ ней самое существенное: то трансцендентальное, внѣчеловѣческое начало, которое считается причиною и существомъ всего сущаго. Идеализмъ Декарта есть такимъ образомъ ученіе полурелигіозное, чѣмъ и объясняется его распространеніе и огромный успѣхъ.

Другое направленіе, извѣстное подъ именемъ *реализма*, раньше по времени, но позже принесло свои плоды. Обыкновенно его начинаютъ съ Бэкона (1561 + 1626), котораго считаютъ творцемъ и создателемъ новаго эмпирическаго міросозерцанія, хотя этотъ великій человѣкъ былъ собственно только предтеча новой науки, ея предвозвѣстникъ и пророкъ. [1]) Бэконъ далеко не отличается тою смѣлостью въ сомнѣніи, какъ Декартъ. Онъ вѣритъ въ откровеніе. Онъ человѣкъ религіозный, хотя весьма толерантный и признавая богословіе особою наукою, онъ его и не касается. Онъ не углубляется также и въ психологію. Ему недоставало рѣшимости сондировать міръ темный души человѣческой, о которомъ схоластика повѣствовала только то, что сказалъ Аристотель. Онъ не пускается въ самосозерцаніе и даже сравниваетъ дѣятельность мысли, изслѣдующей самую себя, съ работою паука. Но оставляя за схоластикою изученіе Бога и область души, онъ отвоевалъ у нея, по крайней мѣрѣ, область природы физической. При томъ онъ выковалъ, отточилъ, приготовилъ новый инструментъ для знанія, противоположный схоластиче-

---

[1]) *Charles de Remusat* Bacon, sa vie, son temps, sa philosophie et son influence. Paris. 1857.

скому. Онъ противопоставилъ силлогизму *наведеніе* (inductio). Когда мы разсуждаемъ, то или мы становимся съ перваго же разу на самой общей мысли, на такомъ отвлеченномъ положеніи, которое намъ кажется очевиднымъ и нетребующимъ доказательствъ и потомъ изъ этого общаго положенія выводимъ всѣ содержащіяся въ немъ частности и послѣдствія посредствомъ непрерывной цѣли силлогизмовъ; или мы начинаемъ съ частностей и медленно, осторожно, обобщая ихъ, объединяя, доходимъ постепенно до послѣднихъ отвлеченностей. Первый методъ называется выводомъ, дедукціею, анализомъ, второй синтезомъ или наведеніемъ. Первымъ злоупотребляла схоластика, пользуясь имъ почти исключительно. Однимъ прыжкомъ становясь на отвлеченіи и отъ него спускаясь къ дѣйствительности, умъ забывалъ какъ онъ добрался до этого отвлеченія. Умъ отталкивалъ, такъ сказать, ногою ту лѣстницу, по которой онъ дошелъ до высоты и лишалъ себя возможности провѣрить свое коренное начало, свою точку отправленія [1]). Отвлеченность, идея, которая въ концѣ концовъ есть только отраженіе дѣйствительности въ сознаніи человѣка, кажется уму чѣмъ то самостоятельнымъ, прирожденныхъ уму, независимымъ отъ дѣйствительности. Будучи усваиваемы умомъ безъ критики, отвлеченныя понятія, поражающія человѣка своею кажущеюся очевидностью, становятся „*идолами*", предъ которыми человѣкъ безусловно преклоняется. Война съ этими идолами, искорененіе ихъ изъ ума, неусыпная и осторожная экспериментація надъ фактами дѣйствительности и извлеченіе изъ нихъ общихъ законовъ — такова задача науки. Бэконъ предлагаетъ самыя подробныя правила о томъ, какъ производить опыты. Самъ онъ былъ плохой экспериментаторъ; онъ о себѣ самъ сказалъ, что онъ только „труба зовущая на бой". Но онъ научилъ людей мыслить извѣстнымъ образомъ. Ставъ на почвѣ дѣйствительности, мысль человѣческая, подобно мифическому гиганту Антею, мужающему отъ всякаго соприкосновенія съ землею, почувствовала себя необыкновенно бодрою, здоровою. Въ наукѣ повѣяло свѣжимъ воздухомъ. По мѣрѣ того блѣднѣли и исчезали безцвѣтные, туманные призраки идеальныхъ, апріорическихъ построеній, которыми схоластика запружала умъ, мутила пониманіе. Легко понять энтузіазмъ, возбужденный методомъ Бэкона. Отъ него ведутъ свой родъ эмпирическія школы, которыя вдаются часто въ крайности, сбиваются на отрицаніе духа, на матеріализмъ, сенсуализмъ; но эти крайности не мѣшаютъ реализму быть въ настоящее время преобладающимъ направленіемъ, которое пытается всѣ науки антропологическія и общественныя превратить въ естествознаніе, въ физіологію человѣка и общества.

Подчиняясь общему ходу и развитію философіи, уголовныя теоріи

---

[1]) *John Stuart Mill* — A System of logic ratiocinative and inductive.

слѣдуютъ однѣ идеализму, другія реализму. Однѣ опираются на апріорическій элементъ въ нашемъ сознаніи, изъ коренныхъ онтологическихъ свойствъ нашего ума и нашей воли выводятъ наказаніе и полагаютъ что наказаніе само по себѣ необходимо по законамъ разума, само себѣ служитъ цѣлью. Эти теоріи называются теоріями справедливости или возмездія, или иначе *абсолютными* (Vergeltungstheorien). Другія теоріи оправдываютъ наказаніе только тѣмъ, что оно служитъ средствомъ для достиженія какой нибудь другой цѣли, слѣдовательно опираются на апостеріорическій, опытный элементъ въ нашемъ сознаніи. По нимъ наказаніе справедливо и правомѣрно потому, что охраняетъ государство и законъ, и что необходимо для сохраненія государства. Это — теоріи пользы или теоріи, такъ называемыя, *относительныя* (relative Theorien). Большая часть относительныхъ теорій построена на матеріализмѣ, но есть между ними и спиристуалистическія, вносящія въ область права требованія идеально-религіозныя, напримѣръ теорія исправленія. Къ этимъ двумъ группамъ можно присоединить третью: теорій смѣшанныхъ или *эклектическихъ*, старающихся примирить тѣ и другія, и составить всесторонній сплавъ изъ исключающихъ себя взаимно односторонностей. Наконецъ совершенно отдѣльно отъ исчисленныхъ нами трехъ группъ, стоятъ теоріи совсѣмъ отвергающія наказаніе и мечтающія о возможности обойтись безъ него въ государствѣ. Подробное изложеніе уголовныхъ теорій, представилъ въ свое время ученый *Hepp*, Darstellung und Beurtheilung der deutschen Statrechtssysteme. 3 Bde. 1843 — 1845 [1]). Невдаваясь въ исторію происхожденія этихъ системъ и негоняясь за полнотою при перечисленіи ихъ, я укажу только на главнѣйшія, болѣе другихъ характеристическія.

СТАТЬЯ 1.

Группа теорій абсолютныхъ.

§ 8. Человѣкъ имѣетъ двоякаго рода способности и отправленія: физическія и психическія, тѣло и духъ. Въ духовной сторонѣ человѣка замѣтна таже двойственность: человѣкъ можетъ самъ себя изучать, повѣрять, оцѣнивать, а равно принимая себя за масштабъ, можетъ повѣрять и оцѣнивать дѣйствія другихъ лицъ. Способность оцѣнивать дѣйствія свои и чужія по ихъ сообразности съ закономъ нравственнымъ, съ

---

[1]) Въ новѣйшей русской литературѣ есть монографія посвященная тому же предмету: «О правѣ наказанія», рѣчь Чебышева-Дмитріева. Ярославль. 1859 г.

идеею добра, называемъ совѣстью. Совѣсть соединяетъ необходимо съ понятіемъ добра нравственное понятіе заслуги и желаніе виновнику добра, всякаго счастія, благоденствія; напротивъ того съ представленіемъ зла понятіе наказанія. Если мы въ жизни встрѣчаемъ противное этимъ требованіямъ совѣсти: порокъ самодовольный, добродѣтель страждущую, то созерцаніе этихъ противорѣчій возмущаетъ нашу душу. На этомъ несомнѣнномъ фактѣ совѣсти возникли абсолютныя теоріи. Въ правосудіи уголовномъ, онѣ видятъ осуществленіе требованія совѣсти, вытекающаго изъ существа человѣческой природы. Зародышъ этихъ теорій находимъ у Платона, который въ разговорѣ Горгіасъ развиваетъ между прочимъ ту мысль, что казнь есть право не только государства, но и самаго преступника; право на очищеніе и исцѣленіе отъ внутренней нравственной порчи. Въ новѣйшее время родоначальникомъ теорій абсолютныхъ явился кёнигсбергскій профессоръ Immanuel Kant.

1) *Теорія Канта* (1724 + 1804). Она находится въ связи съ цѣлымъ міросозерцаніемъ этого знаменитаго мыслителя. Философія его носитъ названіе критической, потому что онъ началъ съ критики нашихъ душевныхъ способностей, нашего разума и воли.

Задавъ себѣ вопросъ: что можемъ мы знать? Кантъ находитъ, что мы не знаемъ и не можемъ знать предметовъ внѣшняго окружающаго насъ міра въ ихъ существѣ (Ding an sich, noumenon); знаніе наше ограничивается только явленіями вещей (phänomenon), то есть впечатлѣніями производимыми вещами и воспріятыми умомъ, иными словами, что вещи мы знаемъ не такими, какими онѣ есть, но какими онѣ намъ представляются. Притомъ умъ вноситъ въ свое знаніе вещей много такихъ врожденныхъ ему прежде всякаго опыта (апріорическихъ) элементовъ, которыхъ въ вещахъ вовсе нѣтъ, но безъ которыхъ вещи не могутъ быть мыслимы. Познаніе наше подводя впечатлѣнія подъ присущія ему формы пространства и времени, образуетъ изъ нихъ представленія. Изъ представленій познавательная способность вырабатываетъ отвлеченныя понятія, сводя эти представленія къ извѣстнымъ врожденнымъ уму категоріямъ или законамъ (качества, количества, отношенія, способа). Наконецъ познаніе наше въ дальнѣйшей своей дѣятельности объединяя понятія, конечныя и ограниченныя въ своей отвлеченности, относитъ ихъ къ кореннымъ, безконечнымъ началамъ, врожденнымъ уму—идеямъ (душа, вселенная, Богъ). Эти идеи не могутъ быть повѣрены опытомъ относительно своей реальности и доказаны логически; онѣ непосредственно знаемы, онѣ сами по себѣ очевидны уму. Такимъ образомъ хотя Кантъ допускаетъ существованіе міра предметнаго, но онъ утверждаетъ что этотъ міръ намъ недоступенъ и, что въ нашемъ знаніи мы имѣемъ дѣло не съ этимъ міромъ, а съ нашею мыслью, и можемъ достигнуть полной достовѣрности знанія только о присущихъ нашему разуму фор-

махъ, категоріяхъ мышленія, идеяхъ. Это открытіе считаетъ онъ столь же важнымъ для философіи, какъ и переворотъ произведенный въ астрономіи Коперникомъ, доказавшимъ, что не солнце обращается вокругъ земли, но земля около солнца. До сихъ поръ полагали, говоритъ онъ въ предисловіи ко второму изданію своей *Kritik der reinen Vernunft*, что наше знаніе опредѣляется познаваемыми предметами, теперь же станетъ очевиднымъ, что предметы опредѣляются нашимъ познаніемъ.

Переходя къ практической дѣятельности человѣка, изучая его волю, Кантъ доказываетъ, что и въ практической своей дѣятельности человѣкъ не зависитъ отъ міра внѣшняго. Его разумъ практическій, направленный къ осуществленію въ мірѣ внѣшнемъ того, что сознано разумомъ теоретическимъ, самъ изъ себя независимо отъ опыта ставитъ для воли законы, которые воля стремится исполнить, хотя ихъ полное осуществленіе невозможно. Высшій законъ практическаго разума есть желаніе нравственнаго добра. Разумъ повелѣваетъ волѣ желать только нравственно-хорошаго. Онъ законодатель, онъ имѣетъ безусловную автономію. Въ подчиненіи воли практическому разуму и его велѣніямъ, а не чувственнымъ влеченіямъ, состоитъ свобода воли. Велѣнія практическаго разума Кантъ называетъ *категорическими императивами*, то есть врожденными ему безусловными его требованіями, которыя не требуютъ доказательствъ и доказаны быть не могутъ, но сами по себѣ очевидны для нашей совѣсти, какъ неопровержимый фактъ. Эти требованія предшествуютъ всякому опыту, неусвоены извнѣ, суть требованія апріорическія и формальныя, то есть вытекающія изъ необходимыхъ формъ или организаціи нашего разума. Однимъ изъ такихъ категорическихъ императивовъ практическаго разума есть наказаніе. Уголовное наказаніе не можетъ быть никогда употребляемо какъ средство для доставленія инаго добра преступнику или его согражданамъ. Оно должно быть назначаемо человѣку только потому, что онъ совершилъ преступленіе. Преступникъ долженъ быть найденъ достойнымъ наказанія, прежде нежели можно подумать объ извлеченіи изъ наказанія его какой бы то ни было пользы для него, или для общества. Человѣкъ, какъ лицо, не долженъ служить вещью, орудіемъ, не долженъ быть приносимъ никогда въ жертву полезнымъ цѣлямъ, по фарисейскому изрѣченію, что „лучше одному человѣку умереть за народъ“ (Еванг. отъ Іоан. XVIII, 14). Онъ долженъ быть наказываемъ только ради самаго преступленія и-то съ такою неизбѣжностью, что если бы извѣстно было, что государство завтра разрушится и всѣ люди его составляющіе разойдутся, то и въ такомъ случаѣ сегодня надобно бы казнить послѣдняго осужденнаго на смерть преступника (Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre).

Наказаніе есть *таліонъ*, воздаяніе зломъ за зло, равное на равное,

это единственная возможная его мѣра. Кантъ старается эту мысль развить и приходитъ окончательно къ грубому, матеріальному возмездію, въ родѣ Моисеева: око за око и зубъ за зубъ. По его понятіямъ, слѣдуя закону безусловнаго равенства, правосудіе должно сказать преступнику: зло которое ты сдѣлалъ другому, ты сдѣлалъ самому себѣ; если ты его ограбилъ, убилъ, то собственно ты самъ себя ограбилъ, убилъ. За личныя обиды Кантъ предлагаетъ унизительныя наказанія, напримѣръ поцѣловать руку обиженнаго. За кражу, какъ за нарушеніе чужой собственности, Кантъ предлагаетъ отдавать вора въ рабство на время или на всегда, то есть лишать его всей его собственности, даже распоряженія собственными его физическими силами. За убійство Кантъ полагаетъ смертную казнь, за изнасилованіе или мужеложство — кастрацію.

Такова система Канта. Она поражаетъ насъ уваженіемъ высказывающимся въ ней къ личности человѣка, обожаніемъ правосудія неподкупнаго, неумолимо-строгаго, невнемлющаго ни какимъ наущеніямъ пользы общественной. Но изъ того факта, что совѣсть необходимо сочетаетъ представленіе добра съ понятіемъ заслуги и представленіе зла съ понятіемъ наказанія, еще нельзя ничего заключить объ уголовномъ правосудіи и о необходимости сдѣлать его воздаятелемъ за преступленія. Злодѣй, положимъ, достоинъ наказанія, но почему же долженъ онъ быть наказанъ рукою уголовнаго правосудія, а не предоставленъ просто упрекамъ совѣсти? Этого Кантъ не доказалъ. Совѣсть возмущается всѣми вообще безнравственностями, почему не казнить всѣхъ безнравственностей рукою уголовнаго правосудія? Почему наконецъ останавливаться на полъ-дороги и слѣдовать внушеніямъ совѣсти только въ половину, то есть почему лишь наказывать злодѣевъ, а не награждать добродѣтельныхъ? На эти вопросы теорія Канта не даетъ отвѣта. Притомъ грубое, матеріяльное возмездіе Канта во многихъ случаяхъ непримѣнимо, невозможно физически, напримѣръ какъ казнить государственныхъ преступниковъ, поддѣльщиковъ монеты и т. п., или разбойника, убившаго многихъ людей, но имѣющаго только одну жизнь для расплаты за всѣ свои убійства? Наконецъ мѣра наказанія Канта построена на одной только объективной сторонѣ преступленія и въ ней онъ не обращаетъ должнаго вниманія на степени и оттѣнки въ настроеніи воли преступной. Идеи Канта старались развить практически его послѣдователи Цахаріэ и Генке.

§ 9—2) *Теорія Цахаріэ* (K. S. Zachariae, Anfangsgründe der philos. Rechtslehre 1805). Этотъ писатель убѣжденъ, что наказаніе есть ничто иное, какъ необходимое возмездіе за преступленіе. Оригинальность его состоитъ въ томъ, что онъ пытается изъ апріорическихъ началъ вывести самую мѣру наказанія въ качественномъ и количе-

ственномъ отношеніяхъ. Преступленіе есть вторженіе одного лица въ сферу свободы другаго лица. По праву возмездія преступникъ долженъ быть въ такой же мѣрѣ ограниченъ въ своихъ правахъ, въ сферѣ своей собственной свободы, въ какой онъ нанесъ ущербъ свободѣ того лица, противу котораго онъ совершилъ преступленіе. Такимъ образомъ всѣ наказанія приводятся къ лишенію свободы, то есть къ тюремному заключенію. Продолжительность этого заключенія должна опредѣляться внѣшнею стороною преступленія: матеріяльнымъ вредомъ. Оцѣнка совершается слѣдующимъ образомъ: 1) X. убилъ B. или продалъ его въ рабство, слѣдовательно лишилъ его всей его свободы; за каждое изъ этихъ преступленій X. долженъ подвергнуться пожизненному тюремному заключенію. 2) X. держалъ B. семь дней въ заключеніи, за это онъ долженъ быть на такой же срокъ заключенъ. 3) X. обокралъ B. или поджегъ его домъ. Величину вреда можно вычислить на деньги, потомъ надобно сумму эту раздѣлить на среднюю плату за день рабочій, частное и выразить число дней, на которое долженъ быть приговоренъ преступникъ къ заключенію съ употребленіемъ его на работы.

Теорія Цахаріэ построена на весьма прозрачномъ и удобозамѣтномъ софизмѣ. Онъ беретъ свободу въ одномъ смыслѣ, потомъ свободу въ другомъ смыслѣ совершенно противуположномъ, потомъ приводитъ оба эти понятія къ уравненію. Когда онъ говоритъ о преступленіи, то подъ свободою онъ понимаетъ совокупность всѣхъ правъ принадлежащихъ человѣку (право двигаться, имѣть собственность, право жить, право невредимости тѣлесной). Когда же онъ говоритъ о наказаніи, то подъ свободою онъ разумѣетъ одно только право перемѣнять по произволу мѣстопребываніе и выбирать занятія, то есть одну только свободу отъ тюремнаго заключенія. Я упомяну только мимоходомъ о другихъ несообразностяхъ этой теоріи, какъ то: о томъ, что есть преступленія, которыя никакимъ искуственнымъ образомъ не могутъ быть вычислены въ доляхъ тюремнаго заключенія; что по началамъ Цахаріэ всѣ приготовленія и покушенія должны оставаться ненаказуемыми, потому что вреда матеріальнаго отъ нихъ не было; наконецъ, что цѣна дня рабочаго купца и поденьщика, литератора и извощика весьма различная, подвергать же одного изъ этихъ людей заключенію по масштабу, свойственному другимъ лицамъ, будетъ дѣломъ чистаго, ничѣмъ не оправдываемаго произвола. Эта теорія любопытна только какъ опытъ приложенія къ практикѣ закона возмездія, оцѣнки и уравненія несоизмѣримыхъ величинъ: преступленія и наказанія.

3) *Теорія Генке* (E. Henke, Streit der Strafrechtstheorien 1811). Этотъ криминалистъ мѣнялъ нѣсколько разъ свои убѣжденія, колеблясь между теоріями относительными и абсолютными. Окончательно онъ пришелъ къ тому убѣжденію, что наказаніе есть воздаяніе, но опредѣляе-

мое не по внѣшней объективной, а по внутренней субъективной сторонѣ преступленія. Наказаніе должно быть равномѣрно винѣ, то есть злой волѣ преступника. Единственный признакъ, по коему можно опредѣлить, что наказаніе дошло до своей надлежащей мѣры, есть исправленіе преступника. Этою исправимостью должны опредѣлятся продолжительность и качество наказанія. Если исправленіе наступило, знать наказаніе достаточно, знать оно искупило вину.

Теорія Генке содержитъ въ себѣ слѣдующее противорѣчіе. Наказаніе, какъ возмездіе, должно быть обращено только на прошедшее (quia peccatum est), между тѣмъ его родъ и степень опредѣляются обстоятельствомъ относящимся къ будущему, неумѣщающимся въ составѣ преступленія, постороннимъ, привходящимъ къ нему. Если бы эта теорія была основательна, то надлежало бы отмѣнить всѣ законы уголовные положительные, потому что преступники исправимы въ разной мѣрѣ. Въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ судья долженъ бы былъ полагать наказаніе болѣе или менѣе строгое, смотря по исправимости субъекта, подвергая преступника, даже и за маловажное преступленіе, пожизненному тюремному заключенію, если онъ оказался неисправимымъ въ отношеніи къ этому преступленію.

§ 10 — 4) *Теорія Гегеля* (1770 + 1831). Философія Гегеля есть самый полный опытъ построенія всего знанія изъ однихъ началъ апріорическихъ. Такъ какъ уголовная теорія Гегеля есть лишь частица цѣлой его системы, то надобно сдѣлать предварительно краткій очеркъ всей системы.

Между человѣкомъ и міромъ предметнымъ, между мыслящимъ субъектомъ и мыслимымъ объектомъ, между апріорическими и апостеріорическими элементами въ знаніи, то есть тѣмъ, что врождено уму и что привошло въ этотъ умъ впослѣдствіи, есть противуположность, которую уничтожить и выровнять стремится всякая философія, распуская человѣка въ мірѣ или міръ сводя къ человѣку. Достигнуть этого примиренія можно: а) Или принимая за основаніе, что міръ мысли есть ничто иное, какъ міръ дѣйствительный, переработанный въ горнилѣ нашего мышленія, такъ что мысль изъ дѣйствительности заимствуетъ все свое содержаніе, должна быть постоянно освѣжаема и дополняема опытомъ, и что выработанные ею идеалы не имѣютъ никакой объективной реальности внѣ нашего сознанія. Это точка зрѣнія реализма. б) Или можно идти въ противуположномъ направленіи, приписать реальность настоящую однимъ только идеаламъ, оставить область ограниченностей, условностей, явленій, привязаться къ безусловному, неограниченному, непреходящему и взявъ этотъ абсолютъ за исходную точку, предположить, что весь міръ есть постоянное воплощеніе этого абсолюта. Таковы пріемы Гегеля; его философія есть философія абсолюта. Безконечное для

него есть идея въ ея безконечномъ саморазвитіи. Вся дѣйствительность есть ничто иное какъ рядъ безконечныхъ воплощеній идеи. Нѣтъ ничего выше идеи, нѣтъ ничего внѣ ея, потому что она есть все сущее. Такимъ образомъ міросозерцаніе Гегеля есть полнѣйшій идеалистическій пантеизмъ. Задача философіи заключается въ томъ, чтобы созерцать идею въ ея безконечномъ саморазвитіи, а это саморазвитіе совершается по извѣстному логическому методу или діалектикѣ, по извѣстному закону, который заключается въ слѣдующемъ. Мысль направляясь на извѣстный предметъ, опредѣляетъ сама себя и тѣмъ себя ограничиваетъ. Поставивъ извѣстное положеніе, она естественно переходитъ потомъ къ отрицанію его, но не можетъ остановиться и на этомъ отрицаніи, а соединяетъ и положеніе и отрицаніе въ третьемъ высшемъ понятіи, содержащемъ въ себѣ оба предъидущія, примиренныя, согласованныя, поглощающіяся взаимно, гармонически. Этотъ новый терминъ служитъ точкою отправленія для новой тройцы понятій. Онъ не можетъ быть положенъ безъ того, чтобы изъ него не развернулось въ немъ же самомъ содержащееся противурѣчіе и не повело къ новому преображенію развивающагося принципа. Теза, антитеза, синтеза,—положеніе, отрицаніе, примиреніе—таковы три фазы мысли, три момента или ступени во всякомъ мышленіи, которыхъ послѣдовательность можно назвать трехчленнымъ рифмомъ Гегелевой системы.

Итакъ сущность всего по Гегелю есть саморазвивающаяся идея. Законъ ея развитія найденъ. Остается прослѣдить ея движеніе во всѣхъ ея фазахъ. Прежде всего эта идея существуетъ сама въ себѣ, какъ отвлеченное мышленіе, невыполненное еще никакимъ содержаніемъ, со всѣми присущими ему законами, категоріями, формами, со всѣми своими онтологическими атрибутами. На этой ступени идея составляетъ предметъ *логики.* Потомъ чистая мысль выступаетъ изъ этого состоянія сосредоточенности, изъ отвлеченнаго бытія и является внѣ себя, раздробленная по пространству и времени въ различныхъ существахъ природы физической, гдѣ она проходитъ извѣстныя ступени развитія (механизмъ, химизмъ, организмъ). На этой ступени развитія идея составляетъ предметъ *философіи природы.* Наконецъ изъ этого отчужденія, изъ этого совершенно внѣшняго бытія, идея возвращается сама въ себя, приходитъ въ человѣкѣ къ сознанію самой себя и становится въ немъ *духомъ.* На этой ступени развитія идея составляетъ предметъ третьей и послѣдней части Гегелевой системы: *философіи духа.* Изъ этихъ трехъ актовъ великой драмы абсолюта остановимся на одной только послѣдней.

Въ области философіи духа является таже діалектическая тріада, которая составляетъ образующій принципъ цѣлой системы. Духъ существуетъ сначала какъ духъ единичный (индивидуальный) или субъективный. Изучаемый въ своей зависимости отъ природы и въ своихъ корен-

ныхъ способностяхъ (душа, духъ теоретическій или разумъ и духъ практическій или воля), духъ субъективный даетъ начало наукамъ: антропологіи, психологіи, феноменологіи духа. Коренное свойство самосознающагося духа есть его свобода, то есть самоопредѣляемость къ дѣйствію, зависимость воли отъ одного разума. Потомъ этотъ духъ самъ себѣ служа цѣлью, объективируется, и создаетъ цѣлый міръ осуществленной свободы въ правѣ, нравственности, государствѣ. Здѣсь эта свобода практическаго духа или воли получаетъ совершенно внѣшнее бытіе въ обычаяхъ, въ учрежденіяхъ. Наконецъ этотъ духъ изъ объективнаго существованія въ правѣ возвращается самъ въ себя, и, сознавая свое безусловное существо, становится духомъ абсолютнымъ въ искуствѣ, въ религіи и наконецъ въ философіи, которая составляетъ вершину саморазвитія идеи, совершенное тождество субъекта и объекта, мыслимаго и мысли, спокойное, безмятежное созерцаніе всѣхъ воплощеній и превращеній идеи.

Теперь, послѣ этихъ довольно длинныхъ премиссъ, которыя были необходимы для понятія общаго плана и метода Гегелевой системы, мы можемъ перейти непосредственно къ его выводу уголовнаго права. При изученіи этой теоріи не надобно терять изъ виду, что она цѣликомъ построена на почвѣ абсолюта; что разумъ, составляющій, по ея началамъ, сущность всего сущаго, не есть разумъ индивидуальный того или другаго лица, но разумъ отвлеченный, безконечный. Возьмите всѣ человѣческіе разумы, отрѣшите ихъ отъ формы, отдѣлите ихъ отъ корня индивидуальности и, объединяя, составьте изъ всѣхъ этихъ разумовъ одно начало. Это начало и будетъ разумъ безусловный. Тоже и воля Гегелева. Это не воля моя, твоя, того или другаго лица, а воля всѣхъ волей, неиндивидуальная, безусловная, выполненная безконечнымъ содержаніемъ, которое влагаетъ въ нее разумъ — добромъ. Свобода воли есть свобода этого отвлеченнаго понятія. Право есть осуществленіе свободы этого отвлеченнаго понятія въ сферѣ внѣшняго бытія, въ отношеніяхъ людей между собою. Лица въ которыхъ дѣйствуетъ эта воля безусловная, суть только преходящіе, скончаемые ея сосуды, ея воплощенія. Воля индивидуальная есть какъ бы скорлупа, форма внутри пустая, въ которой содержаніе или зерно составляетъ абсолютъ. Въ этомъ отношеніи воли индивидуальной къ воли абсолютной лежитъ возможность ихъ раздвоенія, неправды, преступленія (Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse. 1821). *Неправда* и состоитъ въ томъ, что воля индивидуальная отрицаетъ волю безусловную. Это отрицаніе можетъ имѣть три ступени: 1) Нарушеніе права добросовѣстное или *неправда гражданская*, когда воля индивидуальная расходится съ волею обсолютною, сама того не сознавая и полагая, что она имѣетъ право за собою. Въ этомъ слу-

чаѣ бываетъ нарушена одна только воля частная, чужая, а не воля всеобщая, вотъ почему въ законахъ не полагается за неправды гражданскія никакихъ наказаній. 2) *Ябеда и обманъ.* На этой ступени неправды, частная воля сознаетъ свой разладъ со всеобщею и дѣйствуетъ недобросовѣстно, но старается прикрыть себя личиною права, законностью формъ. Частная чужая воля не нарушена, потому что обманываемый не видитъ своей обиды, но нарушена воля всеобщая. Наконецъ 3-я ступень неправды — *уголовное преступленіе* есть открытое посягательство на само право, и въ его существѣ и въ его проявленіи въ извѣстномъ лицѣ, при которомъ нарушены обѣ стороны права и абсолютная или объективная и индивидуальная или субъективная, и само право и этого права носитель. Преступленіе есть отрицаніе права, его антитеза. На этой ступени идея не можетъ остановиться. По діалектическому закону развитія, мысль отъ отрицанія чрезъ новое отрицаніе этого отрицанія переходитъ къ синтезу, то есть къ результату положительному. Такое отрицаніе отрицанія, слѣдовательно дѣйствіе положительное, и есть *наказаніе.* Воля индивидуальная, отрицающая волю разумную, безусловную, есть явленіе призрачное, лишенное содержанія, въ сущности ничтожное. Оно и должно быть изобличено въ этомъ своемъ внутреннемъ ничтожествѣ. Воля безусловная является въ мірѣ внѣшнемъ, въ видѣ карающей общественной власти и снимаетъ противуположность между правомъ и ого отрицаніемъ, возстановляя право опять. Это наказаніе есть право самаго преступника въ томъ смыслѣ, что преступникъ долженъ быть уважаемъ какъ вмѣстилище абсолюта и подводимъ подъ тотъ нравственный законъ, который онъ самъ для себя выставилъ; выставляя его онъ самъ согласился быть по этому закону судимымъ. Изъ этихъ умозаключеній Гегель выводитъ и мѣру наказанія, въ которой нѣтъ уже слѣдовъ грубаго матеріальнаго возмездія Кантова. Наказаніе какъ отрицаніе отрицанія есть возмездіе (Vergeltung). Оно должно быть равносильно преступленію и въ самомъ преступленіи должно имѣть свою мѣру. Оно должно быть опредѣлено и въ качественномъ и въ количественномъ отношеніи такъ, чтобы было равномѣрно качеству и количеству содѣяннаго преступникомъ зла, должно содержать равную ему цѣнность (Werth). Цѣнность есть общій знаменатель, къ которому приводятся и преступленіе и наказаніе. Равенство должно быть здѣсь не внѣшнее, а внутреннее. Въ этомъ смыслѣ могутъ быть уравниваемы вещи весьма между собою различныя, напримѣръ побои и денежный штрафъ, кража и тюремное заключеніе. Это — предметы различные, но всѣ они суть страданія, лишенія и съ этой стороны могутъ быть уравнены. Выводъ уравненія принадлежитъ уже не философіи, а эмпиріи, т. е. положительному законодательству и практикѣ. Философія ставитъ только принципъ, на основаніи коего должно совершаться уравненіе.

При изученіи системы Гегеля нельзя не заплатить дани удивленія этому смѣлому, могучему усилію мысли, стремящейся все знаніе человѣческое привести въ синтезу. Строгая правильность построенія напоминаетъ архитектонику тѣхъ средневѣковыхъ готическихъ соборовъ, которыми усѣяна западная Европа. Глазъ пораженъ безконечнымъ множествомъ шпицъ, остроконечныхъ башень, пересѣкающихся сводовъ, пилястровъ, контрфорсовъ, ни одна часть не походитъ на другія части; однако не смотря на это разнообразіе, вездѣ повторяется одна коренная форма — ожива, въ каждомъ деталѣ просвѣчиваетъ единство основнаго начала. Полнота содержанія и красота формы не могутъ однако искупить разительные недостатки этой системы. Въ этомъ торжественномъ шествіи абсолютнаго духа теряется личность отдѣльнаго лица. Лицо совсѣмъ пропадаетъ. Оно временной сосудъ безусловнаго; его радости и печали не имѣютъ цѣны никакой; его усилія и стремленія ни къ чему не служатъ; міръ пойдетъ своимъ чередомъ; ничто не остановитъ необходимаго, роковаго движенія развертывающейся діалектически идеи, будемъ ли мы ей содѣйствовать или противудѣйствовать. На долю человѣку приходится быть пассивнымъ зрителемъ великой драмы абсолюта, въ которой отдѣльные характеры, равно какъ цѣлыя общества и поколѣнія, суть не болѣе какъ куклы, а настоящій дѣятель стоитъ за кулисами и все идетъ къ знаемой на передъ развязкѣ. При такой раздачѣ ролей, жизнь не стоитъ борьбы. Надъ нею тяготѣетъ неумолимый фатализмъ.

При томъ эта безотрадная философія и въ исходной своей точкѣ не вѣрна. Если вглядимся пристально въ принципъ Гегелевой системы, въ абсолютъ, то этотъ абсолютъ превратится въ призракъ, потому что собственно онъ и не существуетъ внѣ нашего сознанія. Изъ всѣхъ способностей нашего духа, Гегель беретъ только одну, а именно разумъ, между тѣмъ какъ есть много и другихъ, на которыя онъ не обращаетъ вниманія, напримѣръ чувство, воображеніе, совѣсть. Эту одну способность онъ отсѣкаетъ отъ живаго корня индивидуальности, превращаетъ въ безличную, растягиваетъ въ безконечность и возводитъ въ начало самостоятельное, ни отъ чего независящее. Съ помощью этого начала онъ берется объяснить все сущее, возсоздать мысленно вселенную. Но въ сущности это кажущееся творчество философской мысли есть не болѣе какъ оптическій обманъ, какъ самообольщеніе. Работа философіи у Гегеля состоитъ только въ томъ, чтобы взять цѣликомъ весь матеріялъ подготовленный науками опытными и осмыслить потомъ эти данныя, то есть расположить ихъ такъ, чтобы онѣ представляли непрерывную цѣпь тезъ, антитезъ и синтезъ, чтобы и въ цѣлой системѣ и въ каждой ея частицѣ виднѣлась коренная тройца моментовъ развитія мысли. Въ этой группировкѣ много остроумныхъ сближеній и мѣткихъ противупостанов-

леній, но много также очевидныхъ натяжекъ, такъ что она собственно не созиданіе дѣйствительности изъ идеи, но игра ума, состоящая въ укладываніи этой дѣйствительности въ извѣстныя рамки, которыя порою оказываются слишкомъ тѣсными.

Уголовная теорія Гегеля можетъ служить разительнымъ примѣромъ такой игры понятіями. Онъ основываетъ наказаніе на логической необходимости развитія идеи права. Эта идея отрицается неправдою, а наказаніе есть отрицаніе отрицанія, слѣдовательно утвержденіе права. Подобное умствованіе годится положимъ въ математикѣ, въ которой минусъ помноженное на минусъ даетъ плюсъ; годится, положимъ въ динамикѣ, по началамъ которой двѣ равныя силы дѣйствующія въ противуположныхъ направленіяхъ уничтожаются взаимно, но едвали оно можетъ быть примѣнено къ области нравственности и къ отношеніямъ юридическимъ. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что преступленіе есть отрицаніе права, но разъ явившись и получивъ бытіе внѣшнее, оно никакимъ образомъ не можетъ быть уничтожено, стерто. Никакая сила въ мірѣ не можетъ его сдѣлать несуществующимъ, не бывшимъ; уничтожить можно только нѣкоторыя, да и то не всѣ, вредныя его послѣдствія, но къ уничтоженію послѣдствій преступленія ведутъ многіе другіе пути, кромѣ наказанія. Если преступленіе зло, то какая надобность расплачиваться за него такимъ же зломъ, за неправду неправдой. Самъ Гегель называетъ наказаніе отрицаніемъ, то есть зломъ, насиліемъ; оно останется такимъ будетъ ли оно падать на невиннаго или на преступника, будетъ ли оно исходить отъ отдѣльнаго лица или отъ цѣлаго общества, если оно употребляется ради одного только воздаянія, то есть ради одной мести. Такимъ образомъ оно не имѣетъ у Гегеля разумнаго основанія. Наконецъ попытка Гегеля разграничить правонарушенія гражданскія и уголовныя также неудовлетворительна, потому что есть много гражданскихъ правонарушеній, совершаемыхъ недобросовѣстно, съ полнымъ сознаніемъ ихъ неправоты, которыхъ нельзя однако отнести къ области уголовнаго права, напримѣръ умышленное неисполненіе принятыхъ на себя обязательствъ или неплатежъ долговъ лицомъ состоятельнымъ.

§ 11. V) *Теорія Шталя* (1802 + 1861). Гегель и его школа основали философію на внѣчеловѣческомъ, трансцендентальномъ началѣ — идеѣ, абсолютѣ, которое являлось у нихъ безличнымъ и само себя несознающимъ. Неудовлетворительность этого начала заставила многихъ обратиться за выводомъ права къ трансцендентальному началу небезличному, но личному,—къ Богу; усвоить себѣ религіозное міросозерцаніе и создать государство и уголовное право на канвѣ догматовъ религіи христіанской. Самая замѣчательная изъ подобныхъ попытокъ принадлежитъ профессору берлинскаго университета Шталю (*Fr. J. Stahl*,

Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung. 1845).

По системѣ Шталя источникомъ всякаго добра и права есть Богъ. Добро есть существо воли Божіей и неизмѣнный для нея законъ. Въ человѣкѣ это добро выражается единеніемъ его воли съ волею Бога, уподобленіемъ его Богу, стремленіемъ его воли къ освященію себя святостью божественною. Дѣятельность направленная къ осуществленію законовъ воли называется *справедливостью.* Справедливость Бога состоитъ въ сообразности его воли съ его же существомъ, въ осуществленіи въ людяхъ его повелѣній раздачею наградъ и казней, однимъ словомъ въ утвержденіи законовъ воли Божественной.

Справедливость или нравственность человѣка состоитъ въ исполненіи Божіихъ заповѣдей. И такъ нравственность человѣческая есть такое отношеніе между двумя личностями Божескою и человѣческою, въ которомъ съ одной стороны полное господство и всѣ права, съ другой полное подчиненіе и всѣ обязанности. Такъ какъ человѣкъ есть существо общежительное и можетъ быть разсматриваемъ и какъ недѣлимое, и какъ общество, то и міръ нравственный дѣлится на двѣ сферы: нравственность субъективную отдѣльнаго лица и нравственность объективную цѣлаго общества. Требованія каждой изъ этихъ сферъ различны; различіе основывается на грѣхопаденіи. До грѣхопаденія и внутренняя природа человѣка была чище, и условія внѣшняго существованія были удобнѣе. Съ грѣхопаденіемъ и во внутреннемъ существѣ своемъ человѣкъ испортился и внѣшнія условія его существованія проникнулись зломъ и его послѣдствіями, мы обречены на тяжкій трудъ, явились рѣзкія различія состояній, пауперизмъ, смерть, постоянная смѣна поколѣній, учащеніе злодѣяній, войнъ, тиранній и возмущеній. По искупленіи рода человѣческаго І. Христомъ, человѣкъ достигъ опять возможности общенія и единенія съ Богомъ въ сферѣ своей индивидуальной, въ области своихъ субъективныхъ вѣрованій и чувствъ, но порядокъ общежитія остался по прежнему неочищеннымъ. Въ этой области нравственности объективной осуществленіе воли Божіей, то есть добра, зависѣло бы вполнѣ отъ произвола отдѣльныхъ личностей, если бы не было внѣшней объективной силы, которая, опредѣляя порядокъ общежитія, заставляетъ отдѣльныя личности волею неволею сообразоваться съ этимъ порядкомъ. Эта сила есть государство, а установленныя ею нормы общежительнаго порядка, суть законы юридическіе или право. Такимъ образомъ право, не имѣя само по себѣ никакого особаго содержанія и самостоятельности, есть только самая внѣшняя оболочка нравственной идеи, звѣно посредствующее между царствомъ Бога и царствомъ природы, суррогатъ нравственности субъективной. Оно установлено только ради грѣховности и несовершенства природы человѣческой, оно должно до-

пустить и терпѣть многое, что воспрещается нравственностью субъективною. Оно само заражено принципомъ зла, проявляющимся въ неправедныхъ государяхъ и въ несправедливыхъ законахъ. Это существенное различіе, основанное на грѣхопаденіи между нравственностью субъективною отдѣльной личности и закономъ юридическимъ общества, будетъ продолжаться до скончанія вѣка, до страшнаго суда. Тогда Богъ воцарится опять, даже и въ объективной сферѣ общежитія, а съ преображеніемъ и природы внутренней человѣка и общежитія, законъ юридическій внѣшній и государство осуществляющее и охраняющее его, окажутся излишними и будутъ упразднены.

По различію закона нравственнаго и закона юридическаго и правосудіе бываетъ двоякое. Одно *божеское*, которое проявляется въ упрекахъ совѣсти, въ ожидающихъ насъ за гробомъ наказаніяхъ и въ такъ называемой Немезидѣ исторіи, то есть въ томъ, что зло получаетъ свою мзду въ десятомъ даже поколѣніи, а чужое добро въ прокъ не идетъ, чему вѣритъ народъ, что подтверждается и опытомъ. Другое правосудіе — *гражданское*, есть подобіе божескаго и исправляется намѣстникомъ Бога на землѣ — государствомъ. Это правосудіе чуждается всякихъ соображеній блага частнаго или общественнаго; оно караетъ преступника за нарушеніе воли Божіей, выражающейся въ законахъ юридическихъ, по мѣрѣ его нравственной вины. Это правосудіе есть важнѣйшая, необходимѣйшая и достойнѣйшая вѣтвь государственнаго управленія; въ его неукоснительномъ отправленіи и состоитъ величіе и святость государства.

Теорію Шталя весьма трудно подвергать критическому разбору, потому что основы ея не философскія, а богословскія, слѣдовательно и полемику съ нею надобно бы перенести на почву богословія, на которомъ построена система, богословіе же не допускаетъ философскаго метода и пріемовъ. Основанія достовѣрности истинъ въ немъ иныя; оно имѣетъ дѣло съ догматами вѣры, а вѣра есть усвоеніе себѣ человѣкомъ того, что уму его непостижимо. Не вдаваясь въ опроверженіе самаго принципа Шталевой философіи, сдѣлаемъ нѣсколько возраженій относительно примѣненія этого принципа въ области уголовнаго права. Если мы и допустимъ существованіе божеской справедливости, награждающей добрыхъ и карающей злыхъ и здѣсь, и въ жизни загробной, то изъ существованія ея еще нельзя никакъ вывести, чтобы эта справедливость, которая не прощаетъ человѣку ни одного слова празднаго, ни одного помышленія лукаваго, могла быть исправляема вполнѣ или отчасти посредствомъ органовъ суда государственнаго. Судъ людскій не есть судъ Божій, не есть его намѣстникъ, не есть его подобіе, потому что не проникая въ душу преступника, онъ способенъ ежеминутно ошибаться; да притомъ онъ примѣняетъ только законъ уголовный положительный, исполненный

несовершенствъ, который никакъ нельзя назвать божественнымъ, потому что всѣмъ извѣстенъ порядокъ его установленія. Кромѣ того правосудіе государственное въ половину только могло бы подражать божескому, такъ какъ оно только караетъ злодѣяніе, но не въ силахъ награждать добродѣтель по дѣламъ ея. Въ томъ то и состоитъ достоинство человѣка, что онъ обязанъ руководствоваться въ своихъ дѣйствіяхъ единственно сознаніемъ своего долга, независимо отъ ожидающихъ его наградъ или наказаній, ни въ семъ мірѣ, ни въ будущемъ, безъ всякаго расчета на блаженство; въ противномъ случаѣ, если бы всякая добродѣтель была награждаема, въ чемъ же бы состояла заслуга добродѣтели? Шталь выдаетъ свою теорію за религіозную и построенную на основаніи христіанства, на Евангеліи, но эти притязанія едва ли справедливы. Сродство теоріи Шталя съ Евангельскимъ ученіемъ болѣе нежели сомнительно; по духу своему она скорѣе принадлежитъ къ языческому порядку вещей, еще не согрѣтому безконечною любовью къ человѣчеству. Воздаяніе зломъ за зло, не по требованіямъ необходимости общественной, но потому что такъ угодно Богу, не только не согласно, но совершенно противно ученію Христа, который простилъ прелюбодѣйную жену и мытаря, и помѣстилъ въ молитвѣ слова: и остави намъ долги наша, яко же и мы оставляемъ должникомъ нашимъ. Сущность ученія Христова заключается во всепрощеніи обидъ. И такъ одно изъ двухъ: или наказаніе необходимо, потому что оно угодно Богу (но Богъ не требуетъ его и не нуждается въ кровныхъ жертвахъ); или оно необходимо потому что охраняетъ государственный порядокъ, но въ такомъ случаѣ слѣдуетъ отказаться отъ наказанія ради наказанія и стать на почвѣ теорій относительныхъ, которыя совѣтуютъ употреблять наказанія ради блага общественнаго, для достиженія извѣстныхъ цѣлей гражданскаго общества.

§ 12. Неотъемлемую заслугу теорій абсолютныхъ составляетъ истина, которую онѣ раскрыли, доказали и пріобрѣли для науки: что человѣкъ не долженъ служить для общества орудіемъ или матеріяломъ для опытовъ, что наказаніе должно соразмѣряться съ виною преступника; что оно въ такой только мѣрѣ примѣнимо къ преступнику, въ какой онъ на это наказаніе заслужилъ. Но съ другой стороны, трудно слѣдовать за новѣйшими нѣмецкими криминалистами (Koestlin, Berner, Bekker), которые ставъ на точку зрѣнія абсолютную принимаютъ за аксіому, что наказаніе есть возмездіе и незаботясь о подложеніи подъ эту аксіому логическихъ основаній, строятъ на ней все зданіе уголовнаго права. Наказаніе, какъ возмездіе, представляется или въ видѣ категорическаго императива разума практическаго, индивидуальнаго, то есть въ видѣ безусловнаго, совершенно очевиднаго и потому нетребующаго никакихъ доказательствъ требованія нашей совѣсти или въ видѣ удовлетворенія

со стороны человѣка требованіямъ внѣ человѣка существующей безусловной справедливости. Но первый изъ этихъ способовъ осмыслить наказаніе, избранный Кантомъ, неудовлетворителенъ, потому что ссылаясь на необходимость наказанія ни чѣмъ эту необходимость не доказываетъ. Второй способъ избранный Гегелемъ и нѣмецкими идеалистами его школы грѣшитъ тѣмъ, что возводя наказаніе къ трансцендентальному началу безусловной справедливости, приписываетъ этому началу реальное бытіе, между тѣмъ какъ оно существуетъ лишь въ нашемъ сознаніи, о существованіи же его внѣ нашего сознанія мы ничего не можемъ знать. Вѣра въ абсолютъ потрясена теперь до основанія. Нѣтъ безусловныхъ истинъ, нѣтъ непреложныхъ положеній, нѣтъ дѣйствій безусловно добрыхъ или злыхъ. Цѣлый порядокъ вещей, основанный на вѣрѣ въ безусловное, рушится и мы входимъ въ міръ новый, гдѣ все условно, гдѣ все относительно, гдѣ каждый предметъ долженъ быть оцѣниваемъ по связи своей съ другими предметами, по времени, мѣсту и своему положенію въ системѣ всеобщаго, въ организмѣ мірозданія, такъ что мы имѣемъ дѣло только съ условностями и ограниченностями и никогда не дойдемъ до спокойной пристани абсолюта. При вѣрѣ въ абсолютъ человѣкъ былъ цѣльнѣе, зналъ во что вѣрить и чего держаться. Все что не подходило къ его мѣркѣ онъ считалъ заблужденіемъ и преступленіемъ и дѣлилъ людей на совершенно добрыхъ и совершенно злыхъ, на воплощенныхъ ангеловъ и демоновъ. Теперь точка зрѣнія наша измѣнилась. Теперь мы убѣждены, что всякая истина заключаетъ въ своей односторонности зародышъ заблужденія и на оборотъ, что въ каждомъ заблужденіи кроется зернышко истины; что нѣтъ людей совершенно добрыхъ, ни совершенно злыхъ, а есть только относительно добрые люди. Гдѣ прежде виднѣлись одни противорѣчія, тамъ умъ нашъ нынѣ усматриваетъ одни ступени и оттѣнки, тамъ онъ необходимо предполагаетъ тождество и примиреніе противуположностей въ какомъ нибудь высшемъ началѣ. Мы сдѣлались безконечно толерантны къ чужимъ убѣжденіямъ; предѣлы нашего знанія раздвинулись, умъ нашъ сдѣлался несравненно проницательнѣе; онъ несравненно глубже проникаетъ въ организмъ мірозданія. Защитники стараго утверждаютъ, что это развитіе критической способности ума совершилось на счетъ нашего творчества и нашей воли; что съ упадкомъ нашихъ вѣрованій, ослабѣла способность созидать идеалы и меньше въ насъ отваги бросаться въ боевой огонь жизни. Можетъ быть они отчасти и правы, но кости брошены, процесса развитія мысли нельзя остановить; покончивъ съ средними вѣками, міръ современный безвозвратно вступилъ на новый путь.

СТАТЬЯ 2.

Группа теорій относительныхъ.

§ 13. Теоріи относительныя отличаются тѣмъ, что не полагаютъ чтобы наказаніе само себѣ служило цѣлью, но разсматриваютъ его лишь какъ средство для достиженія какой нибудь другой цѣли, для охраненія закона положительнаго и государства или для доставленія извѣстной пользы преступнику или обществу. Оправдывая наказаніе его результатами, онѣ основываютъ его на отношеніи между этими результатами и какою нибудь цѣлью, лежащею внѣ самаго наказанія. Системы относительныя могутъ быть подраздѣлены на нѣсколько разрядовъ. Нѣкоторыя изъ нихъ выводятъ наказаніе изъ предполагаемаго договора, который будтобы далъ начало государству; другія выводятъ наказаніе прямо изъ понятія государства, изъ его существа и назначенія. Изъ послѣдняго рода теорій однѣ берутъ наказаніе съ его стороны формальной, то есть обращая вниманіе на формальные достигаемые имъ результаты (охраненіе правосостоянія, погашеніе вреда причиненнаго преступленіемъ); другія берутъ наказаніе со стороны его матеріальной, обращаютъ вниманіе на его содержаніе, и вникая въ свойство впечатлѣній производимыхъ имъ какъ на преступникѣ, такъ и на другихъ членахъ общества, стараются устроить наказаніе такъ, чтобъ эти впечатлѣнія были какъ можно сильнѣе, продолжительнѣе, плодотворнѣе (устрашеніе, предупрежденіе, исправленіе).

1) *Теорія Фихте* (1762+1814), изложена въ его Naturrecht изданномъ въ 1796 году. Фихте придерживается ипотезы общественнаго договора, бывшей въ большемъ ходу въ концѣ прошедшаго столѣтія; онъ предполагаетъ, что государство возникло договоромъ и держится договоромъ и есть свободное, произвольное соединеніе людей, которые, ограничиваясь взаимно въ общежитіи, согласились подчиняться общей нормѣ закона. Цѣль общественнаго договора есть безопасность; онъ есть единственный источникъ всѣхъ правъ человѣка. Преступникъ, совершая какое бы то не было, даже малѣйшее преступленіе, нарушаетъ тѣмъ общественный договоръ и теряетъ *ipso facto* всѣ свои права, становится существомъ въ полной мѣрѣ безправымъ (exlex, vogelfrei), которое общество можетъ извергнуть изъ среды своей. Впрочемъ, государство хотя совершенно вправѣ его изгнать, не обязано однако это дѣлать. Цѣль государства заключается только въ безопасности, въ охраненіи правъ всѣхъ и каждаго. Не прибѣгая къ крайнему средству поставленія гражданина внѣ закона, оно можетъ довольствоваться болѣе легкимъ, а

именно наказаніемъ. Обоюдная выгода и государства и гражданъ требуетъ, чтобы граждане не за всякое преступленіе дѣлались безправыми, чтобы не за всякое преступленіе государство лишалось своихъ членовъ. Отсюда вытекаетъ новый подразумѣваемый договоръ между обществомъ и его членами объ искупленіи вины (Abbüssungsvertrag): всѣ обѣщаютъ каждому, что въ случаѣ содѣяннаго кѣмъ нибудь изъ нихъ въ будущемъ преступленія, они, если это будетъ совмѣстно съ безопасностью государства, не исключатъ его изъ государства, но дозволятъ ему искупить вину, подвергаясь извѣстному наказанію. Изъ договора объ искупленіи вины вытекаютъ два учрежденія: уголовный законъ и наказаніе. Сначала государство пытается отвратить гражданъ отъ преступленія угрозою наказанія, когда же не помогла угроза, государство прибѣгаетъ къ наказанію, которое должно быть такъ устроено, чтобы посредствомъ него преступникъ могъ быть исправленъ юридически, то есть сдѣланъ опять способнымъ къ общежитію. Исправленный, онъ входитъ опять въ то общество, которому онъ уже пересталъ быть опаснымъ. Фихте старается опредѣлить теоретически, къ кому можетъ быть примѣненъ договоръ объ искупленіи и къ кому нѣтъ. Исправимыми онъ считаетъ тѣхъ, которыхъ воля матеріально зла, то есть тѣхъ, которые руководствовались въ своемъ дѣяніи желаніемъ доставить себѣ извѣстную выгоду посредствомъ преступленія. Неподлежащими исправленію Фихте считаетъ убійцъ и тѣхъ, которыхъ воля формально зла, то есть которые дѣйствовали не изъ корысти, но потому, что они находятъ въ самомъ актѣ преступленія наслажденіе. Для подлежащихъ исправленію Фихте предлагаетъ рабочіе дома, пенитенціяріи. Неподлежащихъ исправленію онъ предлагаетъ изгонять только изъ государства, если же они не оставятъ государства или, бывъ изгнаны, опять туда возвратятся, ихъ можно лишать жизни, но не въ видѣ наказанія, а въ видѣ мѣры предупредительной полиціи.

Ахиллова пята теоріи Фихте бросается въ глаза съ перваго разу: это ипотеза общественнаго договора. Она невѣрна исторически: государство не произошло изъ договора; такого ни явнаго, ни подразумѣваемаго договора никогда не было ни объ основаніи государства ни объ искупленіи вины. Но ошибочно было бы думать, что для опроверженія теоріи Фихте, достаточно устранить ипотезу общественнаго договора. Если мы кое-что въ ней измѣнимъ, то окажется, что сущность ея составляетъ весьма вѣрная и здравая идея. Государство не возникло изъ договора, но эту ипотезу договора, которую Фихте помѣщалъ въ прошедшемъ, можно помѣстить съ нѣкоторымъ основаніемъ въ будущемъ. Съ успѣхами цивилизаціи мы съ каждымъ вѣкомъ приближаемся болѣе и болѣе къ такому построенію государства, которое основано на совершенно свободномъ отношеніи между государствомъ и личностью. Государство проистекаетъ изъ необходимости, возникло почти вездѣ посред-

ствомъ завоеванія, посредствомъ насильственнаго подчиненія однихъ племенъ другимъ; но въ концѣ концовъ личность приходитъ къ сознанію, что это государство существуетъ только для личности и есть единственная возможная среда для ея развитія. Тогда личности каждой представляется на выборъ или подчиниться условіямъ быта этой среды, или быть извергнутою изъ общественнаго организма. У Фихте встрѣчаются многія идеи, которыя были потомъ полнѣе развиты позднѣйшими криминалистами и которыя нынѣ всего болѣе занимаютъ науку: отрицаніе смертной казни какъ наказанія уголовнаго, требованіе наказаній исправительныхъ, требованіе лучшаго устройства мѣстъ заключенія. Внѣшняя форма теоріи Фихте немного старообразна, но по своему содержанію эта теорія современнѣе всѣхъ абсолютныхъ и полнѣе бо́льшей части относительныхъ.

§ 14.—2) *Теорія государственнаго самозащищенія* [1]). Всякое лицо, когда ему грозитъ внезапное, противузаконное и никакими иными средствами непредотвратимое нападеніе, пользуется правомъ необходимой обороны, оно отражаетъ нападеніе силою, и это отраженіе не только не считается преступнымъ, но допускается какъ фактъ вполнѣ законный всѣми положительными законодательствами. Теорія самообороны государственной переноситъ право защиты съ отдѣльнаго лица на государство и оправдываетъ наказаніе слѣдующими умозаключеніями. Общество, какъ необходимая среда для развитія человѣка, имѣетъ право на существованіе. Изъ права на существованіе вытекаетъ право на самосохраненіе. Всякое преступленіе есть прямое нападеніе на государство, грозящее государственному организму разрушеніемъ. Государство имѣетъ право на отраженіе этого нападенія силою. Наказаніе и есть то средство, которымъ государство защищается отъ преступныхъ на него посягательствъ.

Въ этомъ выводѣ есть своя доля правды. Несомнѣнно, что всякій организмъ, имѣющій право на существованіе, имѣетъ право и на охраненіе этого существованія самообороною. Это право принадлежитъ человѣку и единичному и собирательному, то есть обществу. Недостатокъ теоріи самообороны заключается въ томъ, что понятіе самообороны, гораздо шире нежели понятіе наказанія, такъ что самообороною оправдываются многія такія мѣры, которыхъ никакъ нельзя назвать мѣрами уголовнаго правосудія. Примѣръ употребленія права самообороны принадлежащей обществу, встрѣчаемъ въ войнахъ международныхъ. Другое примѣненіе его внутри одного и того же организма, представляетъ намъ

---

[1]) *Schultze*—Leitfaden der Entwickelung der philosophischen Principien des bürgerlichen und peinlichen Rechts, 1813.

Martin, Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts. 1829.

подавленіе правительствомъ бунта. Толпа мятежниковъ возстала, положимъ, для низверженія законнаго порядка; правительство выводитъ войска, стрѣляетъ въ столпившіяся массы; среди кроваваго столкновенія гибнутъ виновные и невинные, старцы, взрослые и дѣти. Въ этой войнѣ домашней употребленіе правительствомъ силы матеріальной не можетъ считаться мѣрою правосудія; оно только самооборона. Третьимъ примѣромъ права государственной самообороны служитъ судъ за преступленія политическія, которыя влекутъ за собою вездѣ почти самыя строгія казни, хотя проистекаютъ большею частью изъ заблужденій и изъ значительно извиняющихъ преступника мотивовъ. Преступника осудятъ и накажутъ жестоко, но здѣсь только форма правосудія, а въ сущности одна лишь государственная самооборона. Казнь соразмѣрена не съ виною преступника, но съ требованіями самозащиты. Правительство поступаетъ съ своими противниками какъ съ врагами.

Но начала самообороны нельзя примѣнить ко всѣмъ вообще преступленіямъ и вывести изъ него наказаніе. Допустимъ, что со стороны преступника грозитъ обществу опасность, заключающаяся въ его испорченности нравственной. Государство имѣетъ право защищаться, то есть взять противу опаснаго лица свои мѣры, но этихъ мѣръ много и наказаніе — самая строгая и крайняя изъ нихъ. Почему прибѣгать къ нему а не къ другимъ? Сумашедшаго сажаютъ въ домъ умалишенныхъ, съ подозрительнаго берутъ залогъ или отдаютъ его на поручительство. Это предупредительныя мѣры, вызываемыя необходимостью самосохраненія, но отнюдь еще не наказанія. Необходимая оборона есть право ограниченное, условное: оно законно когда грозитъ опасность близкая, дѣйствительная и когда она пропорціональна этой опасности. Со стороны преступника обезоруженнаго и поставленнаго предъ судъ, если и грозитъ обществу опасность, то столь дальная, что измѣрить ее нельзя, даже гадательно, а такъ какъ необходимая оборона должна быть ей пропорціональна, то нельзя опредѣлить и средствъ этой необходимой обороны, нельзя вычислить какъ велика она должна быть въ качественномъ и количественномъ отношеніи. Отъ наказанія мы требуемъ чтобы оно было равномѣрно винѣ высказавшейся въ прошедшемъ, совершенномъ уже дѣяніи. Необходимой оборонѣ нѣтъ дѣла до прошедшаго; она обращена вся на будущее. Самое жестокое средство законно, какъ защита отъ грозящей опасности, но отъ опасности дѣйствительной, а не воображаемой только законодателемъ и судьею. Дѣйствительность опасности грозящей обществу въ будущемъ отъ преступника, не можетъ быть доказана и существуетъ только въ видѣ догадки, потому что злодѣй совершившій однажды преступленіе, можетъ быть твердо рѣшился не совершать въ будущемъ никакого другаго преступленія.

§ 15. III. *Теорія вознагражденія* [1]) построена на томъ неоспоримомъ положеніи, что всякій человѣкъ, причинившій вредъ другимъ или обществу, отвѣчаетъ за этотъ вредъ и обязанъ его вознаградить. Вредъ причиняемый преступленіемъ бываетъ двоякій: матеріальный и идеальный. Вознагражденіе за вредъ матеріальный составляетъ предметъ гражданскаго, а за вредъ идеальный уголовнаго правосудія. Оба вознагражденія имѣютъ одно и тоже основаніе, различіе между ними заключается въ свойствѣ вреда и въ способахъ полученія удовлетворенія. Вредъ идеальный состоитъ изъ слѣдующихъ элементовъ: 1) дурной, соблазнительный для многихъ примѣръ подаваемый преступникомъ; 2) потрясеніе уваженія къ закону, а слѣдовательно и общественнаго порядка; 3) оскорбленіе обиженнаго. За вредъ идеальный преступникъ долженъ дать обществу идеальное вознагражденіе, подвергаясь наказанію. Къ этому наказанію онъ приговаривается въ видахъ устраненія дурнаго примѣра, успокоенія общества, возстановленія уваженія къ закону и уваженія къ личности обиженнаго.

Противу этого вывода можно сдѣлать слѣдующее возраженіе. Конечно преступленіе влечетъ за собою вредъ не только матеріальный, но и идеальный, хотя не во всякомъ преступленіи есть на лицо всѣ тѣ элементы, изъ которыхъ, по теоріи вознагражденія, слагается вредъ идеальный. Конечно преступникъ долженъ изгладить этотъ вредъ по мѣрѣ возможности. Но откуда же слѣдуетъ, что вредъ этотъ вознаграждается наказаніемъ; что когда преступника высѣкутъ или продержатъ въ тюрьмѣ, то этимъ уничтожится обаяніе дурнаго примѣра, успокоится негодованіе общества и возстановится уваженіе къ закону. Уваженіе къ закону основано на его разумности; если онъ не разуменъ, то ни розги, ни тюрьма не заставятъ его уважать. Обаянію дурнаго примѣра не слѣдуетъ давать слишкомъ большаго значенія; примѣръ заразителенъ только тамъ, гдѣ есть расположеніе къ преступленію въ самомъ организмѣ. Наконецъ негодованіе общества есть ничто иное, какъ чувство мести; законность этого требованія мести весьма сомнительна. Преступникъ обязанъ вознаградить обществу за вредъ идеальный. Онъ можетъ вознаградить, но не иначе какъ при участіи своей свободной воли, когда онъ покается, исправиться, когда суммою дѣлъ добрыхъ онъ заставитъ общество забыть о прошломъ и даровать ему прощеніе.

§ 16. IV. *Теорія устрашенія.* Уголовное право можетъ внушать страхъ двоякимъ образомъ: угрозою наказанія, содержащеюся въ законѣ и самимъ видомъ наказанія. Обыкновенно подъ теоріею устрашенія разумѣютъ послѣднее. Эта теорія проста, груба, незатѣйлива, но именно

---

[1]) *Welcker*, Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe, 1813. *Klein* — Grundsätze des peinlichen Rechts. 1796.

по причинѣ своей простоты, она была въ большомъ ходу въ періодъ варварства, въ средніе вѣка. Уголовный кодексъ императора Карла V, извѣстный подъ именемъ Каролины, усиливаетъ наказанія повторяя постоянно (ст. 130, 131, 137): *um merer Forcht willen.* Соборное Уложеніе 1649 г. туже мысль формулируетъ во многихъ мѣстахъ слѣдующимъ образомъ: *чтобы на то смотря инымъ неповадно было такъ дѣлать.* Основная мысль этой теоріи слѣдующая. Она полагаетъ, что народъ состоитъ съ весьма малыми исключеніями изъ лицъ, руководствующихся одними только животными инстинктами. Масса народа всегда наклонна къ преступленіямъ, всегда въ броженіи. Ее надобно держать въ ежевыхъ рукавицахъ и ежеминутно обуздывать. Для обузданія употребляется наказаніе. Оно удерживаетъ отъ нарушенія законовъ тѣхъ, въ комъ шевелится наклонность къ преступленіямъ, ставя на видъ народу страданія, которыя влечетъ за собою преступленіе.

Теорія устрашенія, которая считала въ прошедшемъ столѣтіи многихъ замѣчательныхъ криминалистовъ своими защитниками [1]) нынѣ совершенно упала въ наукѣ, но она кроется во многихъ постановленіяхъ положительныхъ законовъ, которыя не могутъ быть объяснены иначе, какъ только устрашеніемъ, и въ умахъ юристовъ практиковъ, которые отъ частаго созерцанія человѣческихъ страданій, сдѣлались недоступными сожалѣнію. Легко опровергнуть теорію устрашенія даже не прибѣгая къ слишкомъ утонченной аргументаціи. Она дѣйствуетъ однимъ терроризмомъ, предполагая, что въ душѣ человѣка только и есть двѣ пружины, два мотива дѣйствій: плотская похоть да страхъ. Но душа человѣка есть нѣчто гораздо болѣе сложное; никому не удалось еще разложить ее механически на ея составные элементы, на ея колеса, оси и пружины. Теорія устрашенія наказываетъ преступника не за содѣянное имъ преступленіе, но ради тѣхъ преступленій, которыя могутъ быть совершены въ будущемъ, не имъ, а другими людьми. Она обращается съ человѣкомъ какъ съ ничтожною тварью, которой жизнь и страданія ничего не стоятъ, которой кровь нужна для психологическихъ опытовъ надъ другими; она жертвуетъ человѣкомъ потому только, что судороги его тѣла, что безобразіе его отрубленной головы, должны извѣстнымъ образомъ подѣйствовать на нервы черни. Взятіе устрашенія за цѣль при наказаніи ведетъ на практикѣ къ выбору казней отбываемыхъ публично, а эти наказанія обыкновенно жестоки. Къ числу ихъ принадлежатъ въ особенности смертная казнь и наказанія тѣлесныя, которыя нынѣ выводятся изъ употребленія у всѣхъ образованныхъ христіанскихъ народовъ. Те-

---

[1]) *C. Filangieri*, La scienza della legislatione, 1780.
Gmelin, Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen, 1785.
Servin, De la législation criminelle, 1782.
Отчасти *Klein. Schneider.* Noch einige Worte über das Princip des Strafrechts, 1806.

орія устрашенія не знаетъ мѣры наказанія, потому что она хочетъ только пугать, а наказаніе тѣмъ устрашительнѣе чѣмъ сильнѣе, слѣдовательно по ея началамъ полезно казнить смертью даже за маловажныя преступленія и во главу угла общественнаго зданія поставить палача съ топоромъ. Наконецъ основное положеніе этой теоріи опровергается опытомъ: видъ мученій казнимаго не страшитъ черни, которая привыкаетъ къ нему весьма скоро; онъ притупляетъ въ зрителяхъ нравственное чувство и даже вызываетъ въ нихъ иногда склонность къ подражанію злодѣямъ.

§ 17. V) *Теорія психическаго принужденія Анзельма Фейербаха* [1]); она можетъ быть еще названа: теоріею устрашенія посредствомъ угрозы наказаніемъ, содержащейся въ законѣ уголовномъ. Выводъ ея заключается въ слѣдующемъ. Цѣль государства есть правосостояніе, то есть порядокъ установленный для обезпеченія за каждымъ его правъ. Правосостояніе нарушается преступленіемъ. Государство имѣетъ право и обязанность предпринимать всѣ мѣры къ отвращенію преступленій; стремиться къ тому, чтобы они сдѣлались невозможными. По недостаточности для достиженія этой цѣли народнаго воспитанія, образованія, религіи, государство прибѣгаетъ къ мѣрамъ принудительнымъ. Оно употребляетъ: 1) принужденіе физическое, предупреждая преступленіе, разстраивая злодѣйскіе замыслы, требуя отъ преступника гарантій въ томъ, что онъ не будетъ покушаться на преступленія, наконецъ взыскивая съ имущества его вознагражденіе въ пользу пострадавшаго отъ его дѣйствій лицъ. Но одно физическое принужденіе неудовлетворительно, потому что государство узнаетъ о весьма не многихъ преступныхъ замыслахъ прежде ихъ осуществленія и это знаніе есть неболѣе какъ счастливая случайность; многія права совсѣмъ невознаградимы, другія же хотя и вознаградимы, ежели ихъ разсматривать отвлеченно, дѣлаются невознаградимыми въ данномъ случаѣ, по несостоятельности преступника. Слѣдовательно кромѣ физическаго принужденія, государство должно для огражденія правосостоянія употреблять 2) принужденіе психическое, предшествующее и противудѣйствующее возможнымъ въ будущемъ посягательствамъ. Оно заключается въ уголовномъ законѣ, грозящемъ наказаніями. Всѣ преступленія имѣютъ свой источникъ въ чувственности; человѣкъ дѣйствуетъ неиначе какъ по извѣстнымъ мотивамъ, а эти мотивы заключаются въ представленіяхъ о наслажденіи, которое можетъ человѣку доставить его дѣяніе. Для предупрежденія преступленій, надобно противудѣйствовать похотямъ, надобно

---

[1]) Anselm Ritter von *Feuerbach*, Revision der Grundsätze und der Grundbegriffe des peinlichen Rechts. 1799. Его же Lehrbuch des peinlichen Rechts, изданный 1801 и имѣвшій съ тѣхъ поръ 14 изданій (послѣднее 1847 совершено Миттермайеромъ).

каждому преступному побужденію противупоставить уголовный законъ, грозящій зломъ большимъ, нежели то удовольствіе, которое могло бы быть доставлено преступленіемъ. Каждая единичная воля должна быть поставлена подъ психологическимъ гнетомъ уголовнаго закона. Въ одну сторону ее будетъ тянуть представленіе наслажденій ожидаемыхъ отъ преступленія, въ другую представленіе зла, которымъ грозитъ законъ. Это психическое впечатлѣніе достаточно для обузданія большинства людей; если же нѣкоторыя лица, не смотря на угрозу, совершатъ преступленіе, то они будутъ судимы и наказаны по закону. Теорія Фейербаха доказываетъ необходимость и справедливость угрозы, на наказаніе же она смотритъ какъ на средство обусловливающее дѣйствительность угрозы, на которое государство имѣетъ право, потому что угроза осталась бы пустою фразою и потеряла бы свою дѣйствительность, если бы не была исполняема на дѣлѣ.

Теорія Фейербаха имѣетъ слѣдующіе недостатки: 1) Она основана на ложномъ предположеніи, опровергаемомъ опытомъ, что уголовный законъ, со всѣми его подробностями, извѣстенъ всѣмъ гражданамъ. Законъ обнародовывается во всеобщее извѣстіе, дабы всякъ могъ его знать, но знаютъ его весьма немногіе. 2) Теорія Фейербаха предполагаетъ, что преступникъ рѣшается на злодѣяніе неиначе, какъ послѣ зрѣлаго обсужденія и хладнокровной оцѣнки послѣдствій своего дѣянія, но въ этомъ отношеніи она обнаруживаетъ незнаніе сердца человѣческаго и процесса дѣятельности воли. На дѣлѣ выходитъ, что въ большей части дѣлъ уголовныхъ страсть въ преступникѣ помрачаетъ разсудокъ. Преступная мысль можетъ явиться у всякаго, но человѣкъ праведный ее тотчасъ прогонитъ, такъ что она мелькнетъ въ умѣ, а потомъ пропадетъ безслѣдно. У безнравственнаго она блеснетъ, оставитъ слѣдъ, потомъ опять возвратится. Сначала преступникъ разсматриваетъ ее съ боязнью, потомъ онъ сживается съ нею и до того поддается ей, что только ею и занятъ, такъ что онъ становится настоящимъ мономаномъ, и что для него какъ бы не существуютъ ни дурныя послѣдствія дѣянія, ни законъ уголовный, ни совѣсть. Никакое принужденіе психическое не можетъ уже на него дѣйствовать, слѣдовательно его ненадобно бы даже и наказывать по теоріи Фейербаха. Его однако накажутъ и справедливо, потому что его преступленіе есть результатъ всей его жизни предшествовавшей; онъ долженъ отвѣчать за то, что не выработалъ въ себѣ характера способнаго обуздывать страсти. Кромѣ того Фейербахъ теряетъ изъ виду одно весьма важное обстоятельство въ борьбѣ похоти съ боязнью, а именно надежду, которая въ бо́льшей части случаевъ одушевляетъ преступника на возможность избѣгнуть наказаніе бѣгствомъ или сокрытіемъ преступленія [1]). 3) Не всѣ преступленія имѣютъ источникъ въ чувствен-

[1]) Приведемъ здѣсь слова лорда *Brougham*'а, сказанныя въ Парижѣ въ засѣданіи акаде-

ности; есть преступленія по неосторожности; есть преступленія совершаемыя по чувству долга, доведенному до фанатизма. Даже и въ преступленіяхъ совершаемыхъ по похоти чувственной, можно всегда предполагать что преступленіе совершено только потому, что наказаніе положено было въ законѣ слишкомъ слабое, несоразмѣрное силѣ похоти увлекающей преступника. Но съ одной стороны справедливо ли, чтобы преступникъ отвѣчалъ за ошибки и промахи законодателя? Съ другой стороны законодательство придерживающееся теоріи Фейербаха, будетъ склонно къ жестокости при опредѣленіи мѣры наказанія, потому что оно должно заботиться о томъ, чтобы психическое давленіе угрозы превозмогало всякую похоть, а похоть дѣйствуетъ различнымъ образомъ въ различныхъ субъектахъ. Чѣмъ сильнѣе угроза, чѣмъ страшнѣе наказаніе, тѣмъ вѣрнѣе, по началамъ теоріи Фейербаха, достигается цѣль уголовнаго правосудія.

Къ теоріи психическаго принужденія Фейербаха весьма близко подходитъ теорія предостереженія Бауера [1]). Разница между ними весьма незначительная. Бауеръ полагаетъ, что для предупрежденія преступленія государство имѣетъ три средства: народное воспитаніе, полицію и угрозу наказанія. Уголовные законы необходимы, потому что два другія средства недостаточны. Угроза должна противудѣйствовать всевозможнымъ порождающимъ преступленіе причинамъ, вліяя и на плотскую и на духовную сторону человѣка. Она преодолѣваетъ чувственныя влеченія страхомъ наказанія. Она въ людяхъ не вполнѣ предающихся чувственности укрѣпляетъ сознаніе долга, напоминая имъ ихъ обязанности и удерживая ихъ отъ необдуманныхъ поступковъ. Оправданіе наказанія, когда предостереженіе не подѣйствовало, Бауеръ находитъ въ предшествовавшемъ предостереженіи. Государство имѣетъ право предостерегать грозя наказаніемъ, слѣдовательно оно имѣетъ право и наказывать, потому что иначе предостереженіе бы не дѣйствовало. Къ теоріи Бауера могутъ быть примѣнены всѣ возраженія направляемыя противу теоріи Фейербаха.

§ 18. VI) *Теорія предупрежденія Бэнтама* (1748†1834) Іеремія Бэнтамъ [2]) не былъ ни психологъ, ни философъ; онъ былъ только

міи наукъ нравственныхъ и политическихъ: On croit, par ce que la peine menace un être qui pense, qui balance les raisons pour et contre, qu'en effrayant vous arrêterez l'homme, qui va commetre un crime. Erreur! d'abord il se flatte de la chance de ne pas être poursuivi; s'il est poursuivi d'échapper à la justice; et s'il est arrêté de se derober au juge et à la condamnation; s'il est condamné, d'être gracié. (Kräwel, Entwurf nebst Gründen eines Straf-Gesetzbuchs 1862. Halle S. 68).

¹) *Bauer*, Die Warnungstheorie. 1830.

²) The works of Jeremy Bentham, ed. John Bowring vol. I — XXII. Edinbourgh 1838 — 1843. Особенно важны для уголовнаго права: 1) Déontologie ou science de la morale, trad. par B. Laroche 1834; и 2) Traité des peines et des récompenses, trad. par Dumont 1811.

дѣльный, остроумный, проницательный юристъ-практикъ и радикальный проектеръ, мечтавшій о преобразованіи всего англійскаго законодательства. Онъ основалъ цѣлую школу и имѣлъ огромное вліяніе, хотя болѣе отрицательное, на развитіе философіи права не только въ Англіи, но и на материкѣ Европы. Сенсуалистъ по принципу, врагъ всякаго идеализма, онъ заслуживаетъ болѣе подробнаго изученія. Чтобы его понять и оцѣнить по достоинству, надобно взять въ соображеніе причины вызвавшія его ученіе.

Причины эти были слѣдующія. Не подлежитъ сомнѣнію, что въ обществѣ современномъ замѣтенъ большой разладъ между вѣрованіями и нравами. Въ вѣрованіяхъ нашихъ религіозныхъ господствуетъ еще средневѣковый аскетизмъ, начало порабощенія плоти духомъ; въ сношеніяхъ нашихъ съ другими людьми мы какъ будто бы увлекаемся идеализмомъ и говоримъ много о самопожертвованіи въ пользу ближнихъ, въ пользу общества, на дѣлѣ же мы очень расчетливы, не брезгаемъ чувственнымъ наслажденіемъ, и о себѣ незабываемъ нисколько. Порокъ насъ пугаетъ не столько своимъ внутреннимъ безобразіемъ, сколько своимъ неприличіемъ, такъ что нерѣдко мы съ нимъ миримся когда онъ маскированъ и благовиденъ. Ученіе Бэнтама было протестомъ противу этого фарисейства въ обществѣ европейскомъ. Онъ провозгласилъ, что самопожертвованіе есть вздоръ, а идеализмъ нелѣпость, что единственнымъ началомъ управляющимъ дѣйствіями человѣка есть личный его интересъ, благоразумный его эгоизмъ; но въ дальнѣйшемъ развитіи и примѣненіи къ практикѣ это начало личнаго интереса является у Бэнтама чѣмъ то болѣе человѣколюбивымъ нежели идеализмъ, болѣе гуманнымъ нежели аскетизмъ.

Бэнтамъ не допускаетъ существованія никакой нравственной идеи; онъ не понимаетъ, что такое справедливость или несправедливость отвлеченно взятая; онъ обходится безъ этихъ понятій при объясненіи общежитія. Единственный мотивъ дѣйствій человѣка есть желаніе доставить себѣ удовольствіе или избѣгнуть непріятности. Цѣль дѣйствій и человѣка и общества заключается въ *максимизаціи наслажденій* и въ *минимизаціи* страданій. Качество предмета, заключающееся въ томъ, что онъ доставляетъ наслажденіе или устраняетъ непріятность, называется *полезностью.* Дѣйствія человѣка называются добрыми или дурными смотря потому, доставляютъ ли они цѣлости людей, составляющихъ общество, матеріальное добро или зло, общеполезны ли они или общевредны. Собственно говоря, добродѣтель или порокъ—это пустыя условныя фразы: высочайшее достоинство человѣка заключается въ личномъ его благоразуміи, въ искуствѣ арифметически расчитывать выгоды и невыгоды дѣйствія и рѣшаться на то только, что ему доставляетъ самую бо́льшую дѣйствительную пользу. Умному человѣку выгоднѣе не быть

только себѣ на умѣ, желать добра не только для себя, но и для другихъ. Его доброжелательство въ отношеніи къ другимъ не основано нисколько на обязанности жертвовать собою для другихъ, такъ что тотъ говоритъ нелѣпость кто утверждаетъ, что чужое добро ближе ему къ сердцу нежели его собственное; это столь же смѣшно, какъ еслибы извѣстное лицо стало утверждать, что оно ощущаетъ зубную боль своего друга сильнѣе нежели самъ больной зубами. Доброжелательство къ другимъ вытекаетъ изъ того, что человѣкъ способенъ по благоразумному расчету сочувствовать чужому счастью и несчастью, принимать въ чужихъ удовольствіяхъ участіе и, расширяя свой кругозоръ, обобщая свои понятія, можетъ интересоваться по расчету цѣлымъ родомъ человѣческимъ. Онъ можетъ дойти до убѣжденія, что его личное счастіе неполно, если оно не пополняется благоденствіемъ другихъ. Это благоразумное доброжелательство ближнимъ выражается отрицательно въ нечиненіи другимъ зла и положительно въ чиненіи другимъ добра, причемъ человѣкъ старается съ возможно меньшими издержками, хлопотами, усиліями, произвести возможно бóльшее количество добра для другихъ. Человѣкъ не жертвуетъ своимъ добромъ въ пользу другихъ; онъ только экономизируетъ свое счастіе и способенъ иногда отказаться отъ извѣстнагб своего удовольствія, если онъ найдетъ по расчету, что онъ болѣе насладится созерцаніемъ чужой радости, нежели тѣмъ удовольствіемъ, котораго онъ самъ себя лишаетъ. Человѣколюбіе проистекающее изъ самолюбія—вотъ результатъ Бэнтамовой философіи. Очевидно, что онъ впадаетъ въ противурѣчія; что взявъ за начало одинъ только личный матеріальный интересъ и наталкиваясь на явленія, которыхъ онъ не можетъ объяснить посредствомъ этого начала, онъ долженъ его растягивать и, такъ сказать, подъ фальшивою бандеролью этого начала ввозить контрабандный товаръ, который онъ называетъ благоразумнымъ эгоизмомъ и доброжелательствомъ по расчету, но который есть ничто иное, какъ справедливость и человѣколюбіе безкорыстное.

Общество будучи суммою недѣлимыхъ, руководствуется тѣмъ же закономъ, которому подлежитъ единичный человѣкъ. Цѣль общества счастіе. Всякое правительство стремится къ тому, чтобы доставить *возможно бóльшее количество добра для возможно бóльшаго числа людей.* Оно достигаетъ этой цѣли посредствомъ законовъ, надѣляя членовъ общества *правами*, т. е. извѣстными преимуществами. Права лицъ предполагаютъ необходимо по сторонѣ другихъ лицъ извѣстныя ограниченія ихъ свободы или *обязанности.* Изъ понятія обязанности вытекаетъ необходимо и понятіе преступленія, то есть законодательнаго запрещенія извѣстныхъ дѣяній подъ страхомъ наказанія. Замѣтивъ что нѣкоторыя дѣйствія людей весьма вредны, общество возложило на граж-

данъ обязанность воздерживаться отъ нихъ и назвало дѣянія эти преступленіями; съ тѣхъ только поръ стали эти дѣянія преступными.

Преступленіе есть зло; въ ближайшихъ своихъ послѣдствіяхъ оно причиняетъ страданіе обиженному, въ дальнѣйшихъ оно безпокоитъ цѣлое общество. Для предупрежденія на будущее время преступленій, государство употребляетъ другое зло—наказаніе. Это зло въ ближайшихъ своихъ послѣдствіяхъ причиняетъ страданіе преступнику, но въ дальнѣйшихъ оно становится настоящимъ добромъ, потому что укрѣпляетъ общественный порядокъ и успокоиваетъ его членовъ. Наказаніе должно быть расчитано по началамъ строгой экономіи, то есть такимъ образомъ, чтобы зло наказанія не превышало уничтожаемаго имъ зла преступленія; чтобы при возможно меньшемъ количествѣ дѣйствительныхъ страданій, наказаніе представлялось какъ можно большимъ массѣ и какъ можно сильнѣе дѣйствовало на ея воображеніе. Цѣль наказанія состоитъ въ предупрежденіи общемъ и частномъ, то есть въ охраненіи общественнаго благосостоянія какъ отъ возможныхъ въ будущемъ нарушителей закона, такъ въ особенности отъ нарушившаго законъ преступника. Наказаніе отнимаетъ у преступника или физическую возможность вредить, или волю вредить, или отвагу, рѣшимость на совершеніе новыхъ преступленій. Наказаніе не требуетъ никакихъ оправданій, кромѣ того что оно весьма полезно и что причиняемое имъ страданіе не можетъ выдержать сравненія съ огромнымъ количествомъ пользы, приносимой имъ обществу. Этотъ выводъ наказанія Бэнтамомъ грѣшитъ тѣмъ же чѣмъ и вся его теорія, то есть одностороннимъ пониманіемъ природы человѣка и общества. И человѣкъ и общество гораздо сложнѣе нежели думаетъ Бэнтамъ и нельзя свести всѣхъ ихъ дѣйствій къ началу личнаго интереса.

§ 19. VII) *Теорія частнаго предупрежденія* [1]) основана на слѣдующемъ. Цѣль государства заключается въ установленіи законнаго порядка, въ правосостояніи. Это правосостояніе тѣмъ только держится, что всѣ его желаютъ. Оно обусловливается настроеніемъ всѣхъ частныхъ волей, согласнымъ съ закономъ. Всякая отдѣльная воля, рѣшившаяся на преступленіе, состоитъ въ противурѣчіи съ общественнымъ порядкомъ и дѣлается для госуадрства опасна. Для противудѣйствованія ей недостаточно одних мѣръ гражданскихъ взысканій, уничтожающихъ посредствомъ вознагражденія одни только послѣдствія содѣяннаго правонарушенія, да и то не всѣ. Государство должно идти на встрѣчу опасности, грозящей ему отъ преступника на будущее время: оно достигаетъ этой цѣли посредствомъ наказанія.

Эта теорія несостоятельна потому, что 1) она смѣшиваетъ область

---

[1]) *Grolman*, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft. 1798.

нравственности съ областью права. Конечно если общество существуетъ, то потому только, что огромное большинство его членовъ желаетъ сохраненія законнаго порядка, но государство не имѣетъ никакой возможности предвидѣть напередъ и угадать, чья воля и въ какой степени преступна и опасна. Даже при наличности факта, что извѣстный человѣкъ совершилъ такое то преступленіе, еще нельзя предвидѣть, опасенъ ли онъ на будущее время и въ какой степени. 2) Она наказываетъ не за зло содѣянное, но за будущее возможное преступленіе, но вправѣ ли государство причинять зло преступнику ради той будущей опасности, которой степени опредѣлить невозможно. 3) Если наказаніе потому только справедливо, что предупреждаетъ опасность, то слѣдовало бы наказывать не послѣ, но предъ совершеніемъ преступленія; взыскивать уголовно со всякаго, кто только обнаружилъ замыселъ преступный и приготовлялся къ его осуществленію, хотя бы онъ еще и не началъ его исполнять. Но наказуемость голаго умысла и приготовленія есть начало, отвергаемое и положительными законодательствами и здравымъ смысломъ, требующимъ чтобы человѣкъ несъ уголовную отвѣтственность не за свои мысли и желанія, но за свои дѣла.

§ 20. VIII) *Теорія исправленія.* Переходъ къ ней отъ теоріи частнаго предупрежденія очень простъ. Государству грозитъ отъ преступника опасность. Самое лучшее отвращеніе опасности заключается въ перевоспитаніи преступника нравственномъ. Подобное перевоспитаніе совпадаетъ при томъ съ требованіями человѣколюбія, котораго органомъ сдѣлалась философія XVIII столѣтія и съ началами религіи христіанской. Люди самыхъ противуположныхъ убѣжденій стали сходиться въ томъ, что наказанію надобно дать направленіе какъ можно болѣе исправительное: матеріалисты — потому что по ихъ понятіямъ человѣкъ таковъ какимъ его создало общество, слѣдовательно надобно измѣнить среду въ которой онъ вращается, подчинить его извѣстнымъ вліяніямъ и онъ измѣнится самъ; идеалисты и піетисты — потому что верховный законъ человѣка есть любовь, которая простираясь даже и на преступника, требуетъ чтобы другіе попытались очистить его, исцѣлить и исправить, хотя бы по мимо его воли. Въ весьма многихъ абсолютныхъ теоріяхъ проглядываетъ начало исправленія (напр. у Генке, у Миттермайера), да и многія относительныя теоріи отводятъ ему у себя приличное мѣсто (напр. Фихте). Но есть криминалисты, которые на этомъ одномъ началѣ пытаются построить все уголовное право [1]). Они вѣрятъ, что человѣка можно исправить и направляютъ наказаніе къ этой единственной цѣли. Они полагаютъ, что государство должно дѣйствовать не же-

---

[1]) *Stelzer*, американецъ *Livingston*, многіе писатели занимавшіеся пенитенціарною системою, *Ch. Lucas*, *Crawford*, *Julius*.

стокостью но кротостью, не устрашать другихъ наказанiемъ (это устрашенiе есть лишь оптическiй обманъ, всего болѣе закоренѣлыхъ злодѣевъ и повторенiй въ странахъ, гдѣ жестокiя казни), но обезопасить государство отъ преступника, содѣйствуя возрожденiю его внутреннему. Мѣра наказанiя должна сообразоваться съ исправимостью преступника.

Теорiя исправленiя построена на высокомъ нравственномъ началѣ любви къ падшему человѣку. Она весьма гуманна. Къ несчастiю большая часть ея приверженцевъ идетъ, по своему воззрѣнiю на человѣка, немного дальше системы устрашенiя, которая обращается съ человѣкомъ какъ съ животнымъ. Теорiя исправленiя у многихъ писателей отличается почти такимъ же механическимъ пониманiемъ души человѣка, почти такимъ же незнанiемъ ея качествъ, неуваженiемъ къ свободѣ человѣка, забвенiемъ того, что исправленiе преступника можетъ быть дѣломъ только его собственной воли. Она полагаетъ, что душа есть нѣчто страдательное, что какъ бы она не была испорчена, достаточно подвергнуть ее извѣстнымъ влiянiемъ, дабы ее очистить, что скука темницы, уединенiе, слова надзирателя, наставленiя тюремнаго священника, благочестивыя бесѣды съ оффицiальными посѣтителями, не могутъ не произвести, по истеченiи извѣстнаго времени, душеспасительное раскаянiе, въ которомъ и заключается назначенiе и оправданiе наказанiя. Подобная психологiя годится только для тщедушныхъ натуръ и женственныхъ характеровъ. Это эмпирическое врачебное искуство никогда почти не попадаетъ въ цѣль. Оно паутиная сѣть для лицемѣра, который обойдетъ его притворнымъ сокрушенiемъ; оно невыносимая нравственная пытка, отъ которой можетъ изнемочь самая крѣпкая воля и помрачиться самый сильный умъ. Насильственное психическое врачеванiе можетъ окончиться для мощныхъ и энергическихъ организмовъ оцѣпененiемъ или сумасшествiемъ. Исправленiе не всегда возможно, но если такъ, то въ теорiи исправленiя пропадаетъ единственное основанiе, которое подложено этою теорiею подъ уголовную власть государства. Положимъ, что государство обязано стараться исправить преступника, но къ исправленiю ведутъ многiе пути. Почему изъ всѣхъ мѣръ содѣйствующихъ исправленiю, избрана самая крайняя и самая крутая—наказанiе? Если законность наказанiя лежитъ въ достигаеомъ чрезъ него исправленiи, то слѣдовало бы оставлять безнаказанными преступниковъ, которые неподаютъ никакой надежды на исправленiе. Наконецъ замѣтимъ, что есть нѣчто выше начала любви, на которомъ основана теорiя исправленiя — это справедливость. Любопытно, чтобы отвѣтили филантропы, приверженцы теорiи исправленiя во чтобы то ни стало, преступнику, который имъ скажетъ: „Я не нуждаюсь въ вашей любви, я пренебрегаю вашимъ состраданiемъ, я отвергаю вашего Бога, я проклинаю и ненавижу ваше общество. Я въ вашихъ рукахъ: убейте меня, но пожалуйста

безъ лицемѣрія, безъ слезъ, кривляній и гримасъ. Вы защищаете себя — это понятно; я бы точно также поступилъ, если бы былъ на мѣстѣ вашемъ, но я бы это сдѣлалъ откровеннѣе и проще“.

Таковы главныя теоріи относительныя. Онѣ стоятъ на почвѣ дѣйствительности; онѣ основаны на наблюденіи фактовъ, на той или другой вѣрно подмѣченной чертѣ въ природѣ человѣка и общества. Ихъ коренной недостатокъ есть узкость взгляда, односторонность. Изучивъ двѣ, три черты въ жизни, онѣ полагаютъ что знаютъ всю жизнь, что объяснятъ всѣ явленія общежитія, между тѣмъ какъ эта жизнь гораздо полнѣе и сложнѣе, нежели они предполагаютъ.

СТАТЬЯ. 3.

Группа теорій смѣшанныхъ.

§ 21. И абсолютныя и относительныя теоріи не въ состояніи дать удовлетворительный отвѣтъ на поставленные уголовнымъ правомъ вопросы. Относительныя не заботятся о справедливости наказанія, лишь бы оно было полезно. Абсолютныя караютъ преступленіе во что бы то ни стало, съ слѣпымъ ожесточеніемъ, хотя бы наказаніе не приносило никакихъ полезныхъ результатовъ. И въ томъ и въ другомъ лагерѣ частица истины съ примѣсью заблужденій. Это и навело многихъ криминалистовъ на мысль о необходимости примиренія противуположностей и избранія такой точки зрѣнія, съ которой и полезность, и справедливость, совпадая между собою, являлись бы тождественными. Основанныя на подобномъ сочетаніи противуположныхъ началъ, теоріи смѣшанныя или эклектическія могутъ быть раздѣлены на два разряда: однѣ главную цѣль наказанія полагаютъ въ безусловной его справедливости, но стараются потомъ по возможности сдѣлать наказаніе полезнымъ на практикѣ; другія — обусловливаютъ наказаніе его справедливостью, но главнымъ его назначеніемъ считаютъ достиженіе извѣстныхъ полезныхъ государственныхъ цѣлей.

А. *Теоріи возмездія, старающіяся дать наказанію полезное направленіе.* Къ этому разряду принадлежитъ множество новѣйшихъ построеній уголовныхъ нѣмецкихъ. Въ видѣ примѣровъ можно указать не теоріи Абега и Бернера.

Абегъ [1]) полагаетъ, что наказаніе должно служить возмездіемъ равномѣрнымъ винѣ, но что въ понятіи вины содержатся всѣ тѣ элементы,

---

[1]) *Abegg,* Die verschiedenen Strafrechtstheorien in ihren Verhältnissen zu einander, 1836.

которые принимаются относительными теоріями за масштабы для наказанія. Относительныя теоріи соразмѣряютъ наказаніе главнымъ образомъ съ опасностью какъ лица преступника, такъ и его дѣянія. Эта опасность лежитъ въ волѣ преступника и входитъ слѣдовательно въ составъ его вины. Если лицо его опасно, то только потому, что его воля направлена ко злу. Если дѣяніе его особенно опасно, то объ этой особенной опасности своего дѣянія онъ зналъ рѣшаясь на преступленіе, это знаніе и увеличиваетъ его вину. Такъ напримѣръ: поджегъ ночью опаснѣе нежели поджегъ днемъ. Ночной поджигатель зналъ объ этомъ, вотъ почему онъ и долженъ быть строже наказанъ. Изъ этихъ положеній Абегъ дѣлаетъ слѣдующій выводъ: опредѣленіе наказанія по идеѣ безусловной справедливости само собою удовлетворяетъ всѣмъ требованіямъ теорій относительныхъ и сопровождается всевозможными полезными послѣдствіями. Такимъ образомъ ученіе Абега есть теорія абсолютная, съ прибавкою ничѣмъ недоказываемаго предположенія, что идея справедливости и идея пользы всегда совпадаютъ на практикѣ въ своихъ требованіяхъ и послѣдствіяхъ.

Бернеръ [1]) гегеліянецъ; онъ убѣжденъ что сущность наказанія составляетъ возмездіе, что наказаніе, будучи отрицаніемъ отрицанія, уничтожаетъ беззаконіе и есть возстановленіе истины, но въ слѣдующемъ пунктѣ онъ расходится съ другими теоріями абсолютными и приближается къ относительнымъ. Онъ полагаетъ, что идея справедливости есть нѣчто упругое, имѣющее свое *maximum* и *minimum*. Изъ идеи разума слѣдуетъ, что преступникъ долженъ быть наказанъ, но изъ нея нельзя еще вывести мѣры наказанія, то есть слѣдуетъ ли подвергнуть преступника двухгодовому или годовому заключенію въ тюрьмѣ или взыскать съ него пеню въ 50 или 100 рублей: и то и другое можетъ быть справедливо. Правосудіе карающее, есть равновѣсіе между двумя противуположностями, какъ храбрость есть равновѣсіе между трусостью и дерзостью, какъ щедрость есть равновѣсіе между расточительностью и скупостью. Правосудіе должно отплатить преступнику за зло зломъ. Если при опредѣленіи наказанія, уголовная власть перейдетъ за *maximum* требованій справедливости, то дѣйствіе его будетъ имѣть характеръ мести. Если оно не дойдетъ до *minimum* требованій справедливости, то дѣйствіе его превратится въ потачку преступленію. Но внутри этихъ предѣловъ maximum и minimum и законодатель, и судья могутъ дѣйствовать свободно, не переставая быть справедливыми; могутъ слѣдовать указаніямъ государственной политики, примѣняя наказаніе къ различнымъ полезнымъ цѣлямъ, которые могутъ быть посредствомъ

---

[1]) Alb. Fr. *Berner* — Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1857.

него достигнуты и которые сводятся къ главнымъ тремъ: удовлетворенію обиженнаго, исправленію преступника и устрашенію другихъ.

Для опроверженія теоріи Бернера достаточно замѣтить, что она недаетъ никакой возможности опредѣлять гдѣ maximum и minimum справедливости. Вопросъ о томъ не вышло ли наказаніе за эти предѣлы предоставленъ личному безотчетному усмотрѣнію законодателя и судьи.

б) *Теоріи обусловливающія наказаніе виною, но полагающія цѣль наказанія въ доставленіи извѣстной пользы обществу.* Этимъ путемъ пошли большею частью новѣйшіе криминалисты французскіе [1]). По ихъ началамъ государство на столько имѣетъ право наказывать, на сколько наказанія, не превышая мѣры вины, необходимы для охраненія общественнаго организма и сопровождаются полезными для общества послѣдствіями. Государство должно себя обезоружить, коль скоро въ данномъ случаѣ оно не можетъ доказать этой необходимости и пользы наказанія. Французская школа криминалистовъ эклектиковъ возникла во время реставраціи послѣ 1815 г. Войны французской революціи и Наполеона, познакомили французовъ короче съ германскою образованностью и наукою. Прежній сенсуализмъ, прежнія построенія государства на договорѣ общественномъ потеряли кредитъ, явилась надобность перенести на французскую почву трансцендентальный нѣмецкій идеализмъ, усвоить его методъ и начала, и примѣнить ихъ къ наукамъ общественнымъ. Практическій смыслъ французовъ не дозволилъ имъ успокоиться на понятіи наказанія чинимаго ради одного только возмездія. Они стараются мирить справедливость съ пользою, но это примиреніе выходитъ болѣе кажущимся нежели дѣйствительнымъ. Изъ французскихъ криминалистовъ эклектиковъ, можно указать на Гизо [1]), Герцога де-Брольи [2]), Ортолана [3]), Эли [4]), Берто [5]); но самый знаменитый дѣятель на этомъ поприщѣ былъ италіанецъ по рожденію, посвятившій Франціи лучшіе годы своей жизни, графъ *Пеллегрино Росси*, поэтъ, юристъ, профессоръ экономіи политической и конституціоннаго права въ *Collège de France*, пэръ Франціи, посланникъ французскій при римскомъ дворѣ, наконецъ первый министръ Пія IX, павшій въ 1848 году, въ Римѣ, подъ кинжаломъ убійцы. Въ 1829 году Росси издалъ свое сочиненіе *Traité du droit pénal*, написанное изящно, проникнутое благороднымъ

---

[1]) Разборъ французскихъ новѣйшихъ уголовныхъ теорій, сдѣланъ *Faus. Hélie*, въ предисловіи ко 2-му изданію сочиненія Росси, вышедшему въ 1855 году.

[2]) *Guizot*, De la peine de mort en matière politique. 1822. («La criminalité morale, le péril social et l'efficacité pénale, ce sont les trois conditions de la justice criminelle»).

[3]) *Duc de Broglie*, Du droit de punir въ Revue française. 1828.

[4]) *Ortolan*, Éléments de droit pénal 1856.

[5]) Во введеніи ко 2-му изданію трактата Росси.

[6]) *Berthauld*, Étude sur le droit de punir, 1855.

чувствомъ человѣколюбія и ѣдко критикующее недостатки современныхъ уголовныхъ законодательствъ. Сущность теоріи Росси заключается въ слѣдующемъ.

Росси допускаетъ существованіе двоякаго правосудія: божескаго или безусловнаго и человѣческаго или общественнаго. Оба основаны на идеѣ нравственной, на требованіи совѣсти; но происходя изъ одного источника, они разнятся между собою и по цѣлямъ своимъ и по средствамъ. Правосудіе безусловное безошибочно, неминуемо; оно караетъ всякаго не только за всякое дѣяніе, но и за помышленіе лукавое, оно само себѣ служитъ цѣлью; оно есть потому что есть. Правосудіе общественное есть тоже правосудіе, взыскивающее только съ виновнаго и только по мѣрѣ вины, но ограниченное въ сравненіи съ безусловнымъ въ двухъ отношеніяхъ: 1) цѣль его состоитъ только въ возстановленіи нарушеннаго общественнаго порядка; слѣдовательно оно караетъ не всѣ беззаконія, но только тѣ, которыя видимо потрясаютъ общественный порядокъ. Притомъ, такъ какъ оно можетъ возстановить нарушенный порядокъ только наставленіемъ, устрашеніемъ, исправленіемъ, то правосудіе государственное простирается только на тѣ беззаконія, потрясающія общественный порядокъ, коихъ наказаніе можетъ произвести какой нибудь изъ этихъ трехъ полезныхъ для общества результатовъ: наставить, устрашить или исправить. 2) Правосудіе общественное ограничено кромѣ того и самымъ свойствомъ своихъ средствъ направленныхъ къ открытію истины, своею близорукостью. Оно исполняется людьми, а люди способны ошибаться и увлекаться, они не всегда съумѣютъ измѣрить вину и сообразить съ нею наказаніе. Правосудіе общественное должно пріостановиться коль скоро есть малѣйшее сомнѣніе на счетъ того совершено ли извѣстное дѣйствіе извѣстнымъ лицомъ и дѣйствительно ли оно нарушаетъ общественный порядокъ.

И такъ правосудіе общественное справедливо и сообразно съ своимъ назначеніемъ только при слѣдующихъ трехъ условіяхъ: а) когда нравственная вина преступника несомнѣнна и соразмѣрна наказанію; б) когда дѣяніе преступника дѣйствительно возмутило общественный порядокъ; в) когда уголовныя примѣняемыя къ преступнику мѣры, способны возстановить общественный порядокъ. Всѣ три условія встрѣчаются напримѣръ въ убійствѣ; ихъ нѣтъ въ лихвѣ, потому что взиманіе высокихъ процентовъ есть дѣйствіе само по себѣ еще непредосудительное, а потому оно и не должно подлежать наказанію. Не всѣ требуемыя условія встрѣчаются въ поединкѣ, потому что вслѣдствіе особеннаго настроенія нашихъ нравовъ, казни въ примѣненіи къ дуэлянтамъ не будутъ ни наставительны, ни устрашительны, ни исправительны, слѣдовательно надобно отъ нихъ отказаться. Равнымъ образомъ слѣдуетъ отказаться отъ уголовной наказуемости обольщенія, не потому чтобы обольщеніе не со-

держало въ себѣ тяжкой нравственной вины, но потому что доказать фактъ обольщенія весьма трудно, судья неминуемо впалъ бы въ ошибки, которыя гораздо вреднѣе безнаказанности обольстителей, слѣдовательно общество должно терпѣть это преступленіе, по невозможности противудѣйствовать ему съ успѣхомъ мѣрами уголовными.

Теорія Росси хорошо осмыслена и построена съ большимъ остроуміемъ и искуствомъ, но въ сущности она стольже неудовлетворительна, какъ вообще всякій эклектизмъ. Наказаніе должно быть полагаемо по мѣрѣ вины, но чѣмъ же измѣряется нравственная вина?

СТАТЬЯ 4.

Ученія отвергающія государственное право наказыванія.

§ 22. Съ древнѣйшихъ временъ появляются въ исторіи мысли человѣческой ученія, отвергающія одинъ изъ самыхъ существенныхъ фактовъ нашего сознанія—свободу воли, старающіяся доказать, что всѣ наши дѣйствія суть слѣдствія внутренней необходимости и что произвольными они намъ только кажутся, а собственно они происходятъ по непреложнымъ законамъ. Такъ какъ эти законы не всѣ открыты, то, небудучи въ состояніи объяснить весь процессъ дѣятельности нашей воли, мы и относимъ все еще необъясненное на счетъ случая, иными словами, на счетъ произвола, но чѣмъ больше будетъ обогащаться наше знаніе, тѣмъ уже и ограниченнѣе становиться будетъ область произвола, такъ что со временемъ она можетъ быть приведется къ нулю. Съ отрицаніемъ свободы воли, должна исчезнуть и всякая отвѣтственность человѣка за свои дѣянія, потому что онъ представляется только такимъ, какимъ его создали природа, воспитаніе, общество; нѣтъ виноватыхъ, некого наказывать; уголовное право теряетъ всякое подъ собою основаніе. Къ подобному воззрѣнію на человѣка располагали отчасти богословскія науки, въ особенности же ученіе о предопредѣленіи, усматривающее въ жизни непрестанное дѣйствіе промысла, объясняющее исторію посредствомъ опекающагося судьбами человѣчества и двигающаго людей провидѣнія. Къ подобному же отчасти результату, но по совершенно иной дорогѣ, вели науки опытныя: естествознаніе и статистика. Естествоиспытатели, занимаясь физическою природою, гдѣ царствуетъ одна необходимость, и перенося потомъ результаты своихъ изысканій на человѣка, доискивались причины всякаго ненормальнаго съ его стороны дѣйствія въ разстройствѣ его отправленій психическихъ, которыхъ они не отдѣляли отъ физическихъ. Въ преступникѣ они предполагали больнаго, повреж-

деннаго, котораго можно только лѣчить, а не наказывать. Статистика приходила въ помощь натуралистамъ, доказывая рядами цифръ, что въ среднемъ человѣкѣ наклонность къ преступленію дѣйствуетъ столь одинаково, что годъ за годомъ въ общемъ итогѣ совершается одно и тоже число однихъ и тѣхъ же преступленій. Между антропологами образовалась въ нынѣшнемъ столѣтіи цѣлая школа френологовъ или краніоскопистовъ (Gall, Spurzheim), которая распространилась, завела общества, основала журналы для распространенія своихъ ученій. Эта школа утверждала, что наши наклонности и характеръ зависятъ непосредственно отъ формы, величины и специфическихъ качествъ мозга, а такъ какъ мозгу соотвѣтствуетъ черепъ, то по выпуклостямъ черепа можно безошибочно опредѣлить нашу волю, нашъ характеръ. По мнѣнію френологовъ, источникомъ всякаго преступленія бываетъ или несчастное, отъ природы дурное устройство мозга (но въ такомъ случаѣ преступникъ подлежитъ отдачѣ въ домъ умалишенныхъ); или во временно болѣзненномъ, раздражительномъ состояніи извѣстныхъ частей или органовъ мозга (но въ такомъ случаѣ преступникъ подлежитъ лѣченію); или наконецъ въ невѣжествѣ, необразованности (но въ такомъ случаѣ подсудимаго надобно образовать, учить, а не карать). Столь же послѣдовательнымъ и рѣшительнымъ противникомъ уголовнаго права явился знаменитый англійскій соціалистъ и реформаторъ Робертъ Оуэнъ [1]) (Owen, род. 1771+1858). Онъ былъ не метафизикъ, но практикъ. Онъ полагалъ, что характеръ лица есть произведеніе его организаціи и внѣшнихъ, дѣйствовавшихъ на него вліяній, такъ что если его окружить хорошей средой, которая бы его не портила и дать ему хорошее воспитаніе, то онъ и будетъ добропорядочнымъ человѣкомъ. Никто за свои дѣйствія не подлежитъ отвѣтственности. Добродѣтели человѣка—не его заслуга; его пороки—не его вина. Всѣ награды и наказанія должны быть отмѣнены. Мѣсто уголовнаго права должно занять народное воспитаніе. По началамъ своей практической философіи, Оуэнъ устроилъ малую рабочую колонію коммунистическую въ Шотландіи въ *New Lanark*, которая обходилась безъ всякихъ поощреній и наказаній (негодяи просто только изъ нея исключались). Огромный успѣхъ Нью Лянаркской колоніи заставилъ реформатора расширить свои планы, дать большіе размѣры своимъ опытамъ, но здѣсь онъ столкнулся съ англиканскимъ духовенствомъ, которое его заподозрило въ томъ, что онъ не вѣруетъ въ безсмертіе души, и съ интересами эксплуатирующихъ классъ рабочій фабрикантовъ — капиталистовъ. Предпріятія дальнѣйшія Оуэна рушились одно за другимъ; за свою „систему разумнаго общества и религіи“ онъ прослылъ благороднымъ, но непрактичнымъ утопистомъ.

---

[1]) New views of society or essays upon the formation of human character. 1812.

СТАТЬЯ 5.

Окончательные выводы. Заключеніе.

§ 23. Критическая работа кончена; главнѣйшія теоріи уголовныя разобраны и лежатъ передъ нами въ обломкахъ. Такова уже судьба наукъ философскихъ, что при ихъ изученіи, три четверти времени тратятся на разрушеніе существовавшихъ построеній, на ломку отжившихъ и несоотвѣтствующихъ болѣе дѣйствительности идеаловъ. Значительно бо́льшая часть работы сдѣлана, когда упразднены загромождавшія почву развалины и почва выровняна подъ новую постройку. Теперь намъ слѣдуетъ приступить къ посильному рѣшенію поставленныхъ наукою уголовнаго права вопросовъ: что такое преступленіе? Какая мѣра наказанія? На чемъ основано государственное право наказыванія? Есть два пути къ рѣшенію этихъ вопросовъ: есть методъ идеализма, состоящій въ томъ, чтобы сразу стать на точку зрѣнія безусловнаго, начать съ безконечной идеи правды и справедливости, и слѣдить за ходомъ ея превращеній и воплощеній въ отдѣльныхъ людяхъ, обществахъ и учрежденіяхъ. Этотъ пріемъ употребляется до сихъ поръ во всѣхъ почти энциклопедіяхъ права и учебникахъ. но его неудовлетворительность мы старались доказать при оцѣнкѣ абсолютныхъ теорій. Есть и другой методъ, основанный на предположеніи, что справедливость не есть что то трансцендентное, а просто качество присущее человѣку (имманентное), вытекающее прямо изъ существа его природы. Это качество будучи человѣкомъ сознано, отвлечено, обобщено, сдѣлано предметнымъ, становится идеею справедливости, которая такимъ образомъ есть ничто иное, какъ отраженіе собственнаго же существа человѣка [1]). Начнемъ съ фактовъ дѣйствительныхъ, съ данныхъ доставляемыхъ намъ антропологіею и психологіею и постараемся показать, какъ при процессѣ жизни общественной возникаетъ, развивается и опредѣляется понятіе справедливости, которое служитъ мѣрою всѣхъ отношеній между лицами, входящими въ общественный составъ.

§ 24. *Общежитіе.* Человѣкъ по природѣ своей живетъ не особнякомъ, но группами, болѣе или менѣе обширными; мысленно можно себѣ, конечно, представить человѣка совершенно уединеннымъ, но это представленіе — чистая абстракція; на практикѣ онъ не можетъ быть

---

[1]) *S. H. Fichte*—Die philosophischen Lehren von Recht, Staat und Sitte. 1850.
Proudhon—De la justice etc...
П. Лавровъ. Очерки вопросовъ практической философіи. 1, Личность. Спб. 1860.

выдѣленъ изъ общества; общество есть его естественное состояніе. Естественнымъ процессомъ своего развитія отдѣльные люди разрастаются въ общества, внутри же общества каждый отдѣльный человѣкъ есть одинъ изъ составныхъ атомовъ общества, одна изъ рабочихъ силъ въ экономіи общественной, одинъ изъ членовъ общественному организму подчиненный, отъ него зависящій, для него дѣйствующій. Ипотеза прошлаго столѣтія о первобытномъ состояніи человѣка внѣ общества и объ основаніи потомъ общества человѣкомъ посредствомъ договора есть чистая нелѣпость, которая рѣшительнымъ образомъ опровергается опытомъ историческимъ. Чѣмъ дальше будемъ опускаться въ глубь временъ прошедшихъ, тѣмъ бо́льшее увидимъ въ этомъ прошедшемъ подчиненіе недѣлимыхъ обществу, тѣмъ однообразнѣе кажутся люди, тѣмъ больше они сливаются въ безличныя массы. Только съ развитіемъ общества поверхность его начинаетъ, такъ сказать, холмиться выдѣляющимися изъ массы и выдвигающимися надъ общій уровень личными талантами и характерами. На общежительности человѣка, то есть на его способности группироваться, основаны весьма многія ученія, которыя подмѣтивъ эту черту въ человѣкѣ, стараются ею объяснить всѣ явленія жизни и жертвуютъ недѣлимымъ въ пользу общества. Такія ученія извѣстны въ наше время подъ именемъ коммунизма. Впрочемъ замѣтимъ, что общежительность или коммунизмъ не есть что нибудь исключительно свойственное человѣку. Человѣкъ раздѣляетъ это свойство съ весьма многими животными, которыя живутъ табунами или даже осѣдлыми рабочими группами (пчела, муравей, боберъ).

§ 25. *Свобода воли.* Но человѣкъ безконечно отличается отъ прочихъ животныхъ другою исключительно свойственною ему чертою: онъ есть существо самосознательное, а потому свободное. Сверхъ чисто животныхъ отправленій, онъ имѣетъ отправленія инаго рода, которыя мы называемъ психическими; онъ мыслитъ, чувствуетъ, желаетъ, онъ отдаетъ себѣ отчетъ въ дѣятельности своихъ способностей, онъ повѣряетъ ихъ и управляетъ ими. Окруженный міромъ внѣшнимъ и обусловленный имъ, онъ находитъ въ своемъ самосознаніи точку опоры, на которую ставъ, онъ чувствуетъ себя въ извѣстной степени самостоятельнымъ. Онъ можетъ найти въ душѣ своей достаточную силу для того, чтобы отрицать и бравировать всякую внѣшнюю необходимость, чтобы превозмочь даже требованія своей плоти, перенести голодъ, муки, одолѣть страхъ смерти, добровольно пожертвовать собою. Одаренный въ своемъ самознаніи способностью повѣрять свои мысли, чувствованія, влеченія, убѣжденія, человѣкъ не безусловно зависитъ и отъ своего ума и отъ своего воображенія; къ своимъ идеаламъ онъ относится критически и исправляетъ ихъ свѣряя ихъ съ живою дѣйствительностью. Свои влеченія онъ можетъ обуздывать, въ своихъ дѣйствіяхъ онъ можетъ идти на пе-

рекоръ своимъ убѣжденіямъ, попрать ихъ и сознательно рѣшиться на зло, зная что оно зло. Свобода воли, самоопредѣляемость ея къ дѣйствію, есть фактъ психическій нашего сознанія ежеминутно повѣряемый опытомъ и столь очевидный, какъ то я вижу, слышу, мыслю. Въ младенчествѣ своемъ человѣкъ, перенося этотъ фактъ психическій на внѣшнюю природу, олицетворяетъ ея стихіи и силы, приписываетъ имъ желанія, произволъ; отсюда проистекаетъ вѣра въ чудесное, поклоненіе огню, водѣ, ордали, гаданія, заклинанія. Впослѣдствіи, съ успѣхами умственнаго развитія, человѣкъ отказывается отъ этого антропоморфизма (очеловѣчиванія природы) и пріучившись становиться на точку зрѣнія безличную, разсматриваетъ личность человѣческую съ высоты метафизической абсолюта, какъ одинъ изъ милліоновъ атомовъ вселенной. Тогда то и являются ученія фаталистическія, которыя отрицая свободу воли, считаютъ нашу дѣятельность слѣдствіемъ воли Бога, или воплощеній міроваго духа, или всеобщаго устройства матеріи. Фаталисты утверждаютъ, [1]) что намъ только кажется что мы свободны въ своихъ дѣйствіяхъ, что наши дѣянія суть результатами нашихъ желаній, а наши желанія суть результатами нашихъ потребностей, которыя служатъ мотивами для нашей воли, то есть приводятъ ее въ движеніе, но сами отъ воли независимы и предшествуютъ всякому движенію воли и всякому сознанію, такъ что свобода воли есть ничто иное, какъ возможность сознавать эти мотивы, поддаваться имъ не безсознательно, а сознательно. Это ученіе заключаетъ въ себѣ много безспорнаго; нѣтъ въ человѣкѣ безпричинныхъ дѣйствій, ни желаній; во всемъ онъ руководствуется предшествующими всякому желанію мотивами; зная личный характеръ извѣстнаго человѣка, мы безошибочно можемъ предсказать, какъ онъ поступитъ въ данномъ случаѣ при наличности извѣстныхъ мотивовъ. Односторонность этого ученія заключается въ томъ, что нѣтъ мотивовъ, которые бы дѣйствовали на душу съ непреодолимою силою; что всякій мотивъ находитъ противудѣйствіе въ другихъ противуположныхъ ему мотивахъ, которымъ можетъ быть отданъ лицомъ перевѣсъ. Въ лицѣ вырабатывается со временемъ опредѣленный образъ дѣйствованія въ жизни, при всемъ разнообразіи возможныхъ мотивовъ; въ этой выработкѣ участвуетъ несомнѣнно, какъ одна изъ образующихъ причинъ, собственная воля лица, дать его дѣятельности извѣстную форму и направленіе. Болѣе подробный разборъ вопроса о свободѣ воли, будетъ нами сдѣланъ впослѣдствіи, при изложеніи ученія о вмѣненіи. Здѣсь замѣтимъ только, что фаталистическія ученія не въ состояніи опровергнуть этотъ фактъ психическій, ежеминутно доказываемый сознаніемъ каждаго изъ насъ,

---

[1]) *Schopenhauer.* Die beiden Grundprobleme der Ethik 1841.

да притомъ сами не признавая свободы воли, отводятъ однако въ своихъ системахъ мѣсто для практической философіи, учатъ какъ человѣкъ долженъ дѣйствовать, однимъ словомъ поступаютъ такъ, какъ будто бы эта свобода для нихъ существовала. Примемъ пока фактъ свободы за доказанный и возвратимся къ прерванной нити нашего вывода. Человѣкъ есть существо свободное, все относящее къ себѣ, ищущее своего добра, своихъ наслажденій, имѣющее свой интересъ отличный отъ интересовъ другихъ людей и общества. Спрашивается: какимъ образомъ можетъ существовать общество при этой борьбѣ противуположныхъ личныхъ интересовъ? какъ не распадется оно на свои составные атомы? Этотъ вопросъ берутся рѣшить, но рѣшаютъ неудовлетворительно, теоріи, которыя подмѣтивъ въ человѣкѣ свободный произволъ и стремленіе къ наслажденіямъ, стараются построить общество на частномъ интересѣ или на эгоизмѣ (Бэнтамъ, экономисты). Они доказываютъ что ~~что~~ въ сущности интересы частные совпадаютъ съ общественнымъ и что благоразумный эгоизмъ заставляетъ человѣка подчинять свое благо благу общаго цѣлаго. Но во первыхъ не доказано чтобы вездѣ и всегда интересъ частный совпадалъ съ интересомъ общественнымъ; во вторыхъ надлежало бы еще доказать что всѣ люди знаютъ о тождественности интереса частнаго съ интересомъ общественнымъ, но можно сказать положительно, что огромное большинство людей и не догадывается объ этой тождественности.

§ 26. *Справедливость; выводъ ея изъ природы человѣка.* Двѣ противуположности: общежительность и произволъ, соглашаются въ третьемъ понятіи, которое дѣлаетъ возможнымъ ихъ совмѣстность. Человѣкъ не только существо общежительное и свободное, онъ притомъ еще существо *справедливое.* Только это качество дѣлаетъ возможнымъ общежитіе. Тотъ, въ комъ эта способность притупилась, будь онъ въ высшей степени даровитъ, уменъ, талантливъ, есть не болѣе какъ дикарь и стоитъ на лѣствицѣ созданій не выше животнаго. Справедливость есть способность имѣющая примѣненіе только въ сферѣ общежитія и до того намъ присуща, что исключить понятіе объ ней изъ нашего мышленія и нашей совѣсти мы никакимъ образомъ не можемъ. Она тоже въ области отношеній человѣческихъ, что истина въ сферѣ знанія: полнѣйшая гармонія между двумя противуположными полюсами нашего существа—эгоизмомъ и общественностью, между нами, другими лицами и обществомъ. Намъ надобно прослѣдить, какъ эта субъективная способность лица развертывается, объективируется, какъ она выполняясь дѣйствительностью, раждаетъ идеалы общественныхъ построеній и даетъ начало цѣлымъ рядамъ учрежденій и формъ общежитія, въ числѣ которыхъ находится и уголовное право.

Человѣкъ по природѣ своей стремится къ наслажденіямъ. Это на-

чальное побужденіе даетъ первый толчекъ самосознанію и приводитъ въ дѣятельность нравственныя его способности. Такихъ главныхъ способностей душевныхъ три: умъ, воображеніе и воля. Умъ почерпаетъ матеріалъ для знанія изъ троякаго источника: міра внѣшняго, самосознанія и преданія. Наблюдаемое онъ обобщаетъ, онъ группируетъ явленія одного и того же порядка и отвлекая изъ сходныхъ явленій общія замѣчаемыя въ нихъ черты, образуетъ изъ нихъ виды, роды, коренныя начала, безусловныя идеи. Все наше знаніе состоитъ изъ подобныхъ отвлеченныхъ понятій. Каждая идея почерпаетъ свое содержаніе изъ дѣйствительности, но эта дѣйствительность претворившись въ горнилѣ ума въ идею, является чѣмъ то сверхфеноменальнымъ, метафизическимъ. Безъ этихъ метафизическихъ созданій, каковы: матерія, духъ, сила, жизнь и т. п., не могутъ обойтись самыя положительныя науки. Задача знанія состоитъ въ постоянномъ сличеніи дѣйствительности, какъ она есть, съ образуемыми въ нашемъ умѣ понятіями объ ней, въ безпрестанной критикѣ и обновленіи этихъ понятій. Другая способность психическая: воображеніе или творчество состоитъ въ возможности представлять себѣ созданія метафизическія нашего ума какъ нѣчто самостоятельное, сообщать имъ наглядную пластичность. Въ знаніи нашемъ, какъ бы оно ни было обширно, есть всегда пробѣлы; они выполняются воображеніемъ; гдѣ мало фактовъ, тамъ воображеніе подкладываетъ теорію; гдѣ диссонансы и противурѣчія, тамъ оно ставитъ объясняющую ихъ догадку, предположеніе, мифъ, вѣрованіе. Уобъектированныя абстракціи ума, одѣтыя воображеніемъ въ чувственныя формы, называются *идеалами.* Сдѣлавшись совершенно предметными, они вводятъ иногда въ заблужденіе нашъ умъ, готовый приписывать имъ реальную дѣйствительность, между тѣмъ какъ они только образы дѣйствительности, преломившіеся извѣстнымъ образомъ въ призмѣ сознанія. Наконецъ третья способность души — *воля*, состоитъ въ возможности ставить цѣлью для своихъ дѣйствій и осуществлять созданные идеалы. Чѣмъ шире дѣлается область его знаній и могущественнѣе творчество, тѣмъ болѣе становится кругъ идеаловъ, къ коимъ онъ чувствуетъ потребность стремиться.

Таковы главныя способности человѣка. Теперь разсмотримъ какъ вслѣдствіе общежитія, однимъ дѣйствіемъ этихъ способностей, человѣкъ производитъ общество, въ основаніи коего лежитъ справедливость. Работа творчества начинается съ того, что сознавая въ себѣ свое *я*, человѣкъ силою воображенія представляетъ себѣ это *я* какъ нѣчто внѣшнее, отъ дѣйствительнаго *я* отдѣльное. Этотъ первѣйшій изъ идеаловъ, есть *личное достоинство* человѣка. Оно представляется чѣмъ то постояннымъ среди разнообразія ощущеній и похотей, чѣмъ то высшимъ и требующимъ уваженія, независимости, свободы. Изъ отношенія лица къ идеалу его собственнаго достоинства, вытекаетъ первая обязанность

нравственная — уваженіе къ самому себѣ, и первое совершенство человѣка — самообладаніе. Самообладающаяся личность, ставя выше всего на свѣтѣ свое достоинство, старается весь міръ подчинить своему господству. Въ этомъ властолюбіи лежитъ источникъ и основаніе собственности. Человѣкъ подчиняетъ себѣ вещи, животныя, другихъ людей; онъ цѣнитъ ихъ по удовольствію которое они ему доставляютъ, но онъ способенъ входить въ ихъ положеніе, становиться на ихъ точку зрѣнія и изъ состраданія оказывать имъ милосердіе. Встрѣчаясь съ существами болѣе могущественными, лицо чувствуетъ себя предъ ними стѣсненнымъ, чувствуетъ страхъ. Это ощущеніе было бы унизительно, если бы воображеніе не являлось въ помощь человѣку. Онъ переноситъ свой идеалъ въ то высшее существо и признавая его превосходство, облагороживаетъ свое подчиненіе добровольною преданностью, самоотверженіемъ. Такая преданность возможна въ отношеніи къ лицамъ физическимъ, чему примѣрами могутъ служить страстная любовь, преданность слуги господину и его семьѣ. Но поклоненіе физическимъ лицамъ тѣмъ труднѣе, чѣмъ развитѣе человѣкъ, потому что критика ума разоблачаетъ ихъ недостатки; посему человѣкъ создаетъ себѣ идеальныя отвлеченныя личности, лишенныя этихъ недостатковъ. Онъ жертвуетъ собою для пользы своего рода, сословія, народа, человѣчества или становится на колѣни передъ идеаломъ всѣхъ идеаловъ — Богомъ. Но въ жизни человѣкъ сталкивается еще съ множествомъ равносильныхъ ему личностей, которыхъ онъ не можетъ себѣ подчинить, но которымъ самъ онъ подчинить себя не хочетъ. Онъ вступаетъ съ этими лицами въ борьбу, которая оканчивается тѣмъ, что воображеніе создаетъ для него новый идеалъ, на который и обопрутся отношенія его къ другимъ личностямъ. Этотъ идеалъ — *справедливость*. Ограничивая другихъ и ограничиваясь ими, человѣкъ приходитъ къ сознанію о необходимости расширить свое я; признать, не теряя своего достоинства, достоинство и за другими, признать другія лица равноправными съ собою существами и наслаждаться чужимъ достоинствомъ какъ своимъ собственнымъ. Чѣмъ развитѣе человѣкъ, тѣмъ обширнѣе становится кругъ недѣлимыхъ, которыхъ лицо соглашается признавать равноправными и къ которымъ оно основываетъ свои отношенія на началѣ справедливости. Древній человѣкъ признавалъ себѣ равными людей одной съ нимъ расы или одного государства, народа; позднѣе равными признавались люди одной съ лицомъ вѣры или одной общественной касты. Нынѣ равноправность распространяясь на все бóльшія и бóльшія массы, обняла въ себѣ весь родъ человѣческій. Она распространилась нетолько на недѣлимыя съ развитою личностью, но даже и на такія, въ которыхъ одна возможность развитія способностей тѣла и души, напримѣръ на дѣтей, калѣкъ, глухонѣмыхъ и т. п. Такимъ образомъ справедливость есть расширеніе

идеала своего достоинства въ достоинство ближнихъ, есть уваженіе себя и другихъ какъ самаго себя, уравненіе всѣхъ ближнихъ съ собою. Сознанное и прочувствованное начало справедливости становится мѣркою, которою мы измѣряемъ всѣ дѣйствія въ общежитіи, какъ наши такъ и чужія, и хоитмъ чтобы и другіе насъ судили. Мѣрка эта не допускаетъ ни плюсъ ни минусъ, и служитъ лучшимъ обезпеченіемъ и основаніемъ общежитія, потому что нѣтъ лучшаго спокойствія для личности, какъ то которое проистекаетъ изъ увѣренности, что другіе будутъ уважать ея достоинство, какъ свое собственное. Способность человѣка создавать идеалы справедливости, руководствоваться ими; сравнивать съ ними свои и чужія дѣйствія, восхищаться ихъ тождественностью и страдать отъ ихъ разлада, называется *совѣстью.* Такимъ образомъ справедливость и совѣсть — одно и тоже. Совѣсть есть свойство воли человѣческой желать справедливости, вырабатывать изъ себя справедливость, приводить къ ясному сознанію и воплощать общежительный инстинктъ врожденный человѣку, а справедливость есть этой способности содержаніе и результатъ. Начало справедливости проникаетъ весь образъ дѣйствій человѣка, его пріемы, его *нравы.* Согласное съ нимъ въ дѣйствіяхъ называется нравственнымъ, не согласное безнравственнымъ. Изъ начала справодливости вытекаютъ двѣ необходимыя жизненныя его формы, дополняющіяся взаимно, въ которыхъ непосредственно воплощается этотъ идеалъ: права и обязанности. Сознанная человѣкомъ необходимость уважать въ своихъ дѣйствіяхъ свое и чужое достоинство, есть обязанность его; сознанная человѣкомъ возможность требовать отъ другихъ въ дѣйствіяхъ ихъ уваженія къ его достоинству, есть его право.

§ 27. *Общество.* До сихъ поръ мы стояли на точкѣ зрѣнія индивидуальной личности и пришли къ тому результату, что справедливость есть качество человѣка, посредствомъ котораго онъ устраиваетъ свои отношенія къ другимъ равнымъ съ нимъ и живущимъ съ нимъ вмѣстѣ недѣлимымъ. Но человѣкъ не можетъ остановиться на этой точкѣ зрѣнія. За отдѣльными недѣлимыми, съ которыми свелъ его случай, стоитъ нѣчто высшее, нежели каждое изъ недѣлимыхъ отдѣльно взятое и даже нежели ихъ сумма. Это существо высшее есть общество человѣческое, въ которомъ исчезаютъ всѣ индивидуальныя различія, коими A отличается отъ B, B отъ C и т. д. Оно пребываетъ постоянно среди измѣняемости недѣлимыхъ, среди ихъ нарожденія и изчезанія посредствомъ смерти; оно объемлетъ въ себѣ не только совокупность современныхъ недѣлимыхъ, но и совокупность всѣхъ прошлыхъ и будущихъ поколѣній. Вслѣдствіе сожительства людей и постояннаго ихъ соприкосновенія другъ съ другомъ, при чемъ каждый изъ нихъ ограничивая другихъ и самъ ими ограничивается, вслѣдствіе взаимнаго обмѣна вещами, услугами, мыслями, вслѣдствіе дѣленія и соединенія труда сумма

живущихъ вмѣстѣ недѣлимыхъ укладывается въ извѣстный организмъ; между ними устанавливается извѣстный порядокъ соотвѣтствующій знаніямъ и вѣрованіямъ массы. Для охраненія этого порядка, изъ среды недѣлимыхъ выдѣляется выражающая общую ихъ волю общественная власть, которая находитъ видимое для себя воплощеніе въ господствующихъ лицахъ, въ правительствѣ и его органахъ. Общество, будучи организмомъ высшаго нежели отдѣльныя недѣлимыя порядка, имѣетъ свое развитіе, свои законы, свои отправленія (знаніе, творчество, волю, совѣсть). Его называютъ въ техникѣ юридической по сходству его отправленій съ отправленіями недѣлимаго — лицомъ юридическимъ. Это названіе неточное, потому что результаты дѣятельности организма общественнаго отличаются именно своею безличностью, то есть тѣмъ, что въ нихъ отражаются только общія качества массы, а не свойства того или другаго лица. Общество возникаетъ само собою и долгое время человѣкъ подчиняется ему безсознательно, какъ естественной, непреложной необходимости. Но какъ существо свободное, человѣкъ гнушается всякою необходимостью, налагаемою на него извнѣ и уступаетъ только тому, что считаетъ нравственнымъ благомъ, требованіемъ своей духовной природы. Тутъ опять приходитъ ему въ помощь воображеніе; въ этомъ обществѣ оно указываетъ ему на новый идеалъ, на дальнѣйшее расширеніе и дополненіе его же собственной личности. Лицо носитъ въ своемъ сознаніи идеальный образъ человѣка какимъ онъ долженъ быть, а между тѣмъ въ жизни дѣйствительной его поражаютъ безконечныя уклоненія отъ этого типа, невѣжество, безхарактерность, безсмысленная игра силъ природы физической, разрушающая непредвидѣннымъ образомъ и прекрасное и дурное. Дабы сгладить эти диссонансы и противурѣчія и установить бытіе какъ можно болѣе справедливое, человѣкъ органомъ присущей ему справедливости дѣлаетъ само общество. Изъ совокупности недѣлимыхъ, соединенныхъ для водворенія справедливости въ общежитіи образуется *государство.* Общественная воля выдвигаетъ и ставитъ надъ отдѣльными недѣлимыми общую, безличную, безусловно для нихъ обязательную норму закона положительнаго, съ которымъ всѣ, желаютъ ли они или не желаютъ, должны сообразоваться. Исполнителемъ и возстановителемъ этого закона является верховная власть, съ цѣлою системою правительственныхъ учрежденій, вооруженная, на случай надобности, даже и принудительными средствами.

Мѣрою отношеній человѣка къ обществу является таже самая справедливость, выражающаяся въ формѣ взаимныхъ правъ и обязанностей между недѣлимыми и обществомъ. На этой ступени справедливость есть уравненіе свободы лица съ возможностью общественнаго развитія, уравновѣшеніе интересовъ частнаго и общественнаго, ограниченіе права личнаго правомъ общественнымъ, которымъ человѣкъ даетъ себя ограничи-

вать въ извѣстныхъ отношеніяхъ чтобы быть свободнѣе во всѣхъ остальныхъ. Ее можно назвать еще балансомъ между тою долею силъ и средствъ, которую каждое лицо беретъ изъ общаго фонда народной цивилизации и суммою ограниченій и услугъ, которою оно жертвуетъ для общества. Собственно въ обществѣ человѣкъ ищетъ своей свободы, всесторонняго развитія своихъ способностей: ума, творчества, характера; но расширивъ свое я въ цѣлоеобщество онъ сознаетъ, что его развитіе и свобода обусловливаются точно такою же свободою другихъ лицъ и развитіемъ общества. Онъ посвящаетъ обществу часть своихъ силъ и средствъ дабы отъ общества получить пособіе и поддержку для всестороннѣйшаго развитія своей личност . Въ обществѣ онъ видитъ самаго себя но только съ другой точки зрѣнія разсматриваемаго. Онъ находитъ высшее наслажденіе въ томъ чтобы быть справедливымъ, даже когда это ему невыгодно, потому что онъ сознаетъ, что это общество не есть нѣчто отъ него отдѣльное, но просто только другой полюсъ его же собственнаго существа, другая сторона его бытья.

Такимъ образомъ законъ положительный становится общею нормою для дѣйствій лицъ въ обществѣ, которая поддерживается общественною властію. Всѣ дѣянія согласныя съ этою нормою считаются законными, всѣ несогласныя — противузаконными, преступными. Нѣкоторыя изъ нихъ затрогиваютъ другія лица или само общество только въ области экономической матеріальныхъ ихъ благъ и интересовъ — это преступленія частныя или гражданскія. Противу нихъ достаточны мѣры гражданскихъ взысканій сводящіяся къ удовлетворенію преступникомъ обиженнаго посредствомъ взысканія съ преступника приличнаго эквивалента за причиненный вредъ. Другія правонарушенія затрогиваютъ отдѣльныя личности и цѣлыя группы въ болѣе важныхъ ихъ правахъ, при попраніи коихъ невозможны никакой бытъ и порядокъ общественный. Это преступленія общественныя или уголовныя. Для противудѣйствованія имъ власть общественная употребляетъ мѣры полицейскія; старается остановить преступника на его пути, разстроить его планы. При недостаточности какъ этихъ, такъ и другихъ средствъ охраненія потрясаемаго порядка, она прибѣгаетъ наконецъ къ наказанію.

§ 28. *Наказаніе какъ утвержденіе закона положительнаго.* Законъ есть норма или правило, по которому что нибудь необходимо происходитъ. Законы природы физической не допускаютъ никакого отъ нихъ уклоненія, слѣдовательно всякій подобный законъ содержитъ въ себѣ свое подтвержденіе или санкцію, свое доказательство. Это подтвержденіе заключается въ томъ, что ничто противное этому закону не можетъ произойти. Законы нравственные осуществляются свободною дѣятельностью лицъ, такъ что лица ими обязанныя могутъ ихъ не исполнять физически, могутъ отъ нихъ уклоняться. Ихъ непреложность

обнаруживается въ томъ, что ихъ исполненіе доставляетъ наслажденіе исполнителямъ и лицамъ имѣющимъ съ исполнителями общую совѣсть; напротивъ того ихъ нарушеніе причиняетъ страданіе нарушителямъ и лицамъ имѣющимъ общую совѣсть съ нарушителями. Это счастіе или несчастіе, наслажденіе или страданіе составляетъ утвержденіе или санкцію законовъ воли человѣческой.

Вотъ почему *уголовное право*, котораго функція состоитъ именно въ утвержденіи и охраненіи закона, называется у нѣкоторыхъ французскихъ писателей *droit sanctionnateur* [1]). Разсмотримъ эту санкцію въ различныхъ сферахъ дѣятельности человѣка.

Представимъ себѣ человѣка внѣ всякихъ отношеній къ другимъ людямъ. Высшій идеалъ такого человѣка есть личное его достоинство. Утвержденіе закона нравственнаго уже существующаго въ этой сферѣ и обнаруживающагося въ обязанностяхъ человѣка въ отношеніи къ самому себѣ, заключается въ жгучемъ чувствѣ униженія въ своихъ собственныхъ глазахъ, которое преслѣдуетъ человѣка за всякое дѣяніе недостойное и въ истощеніи преждевременномъ силъ и способностей вслѣдствіе ихъ злоупотребленія.

Въ сношеніяхъ съ другими людьми въ сферѣ нравственности, утвержденіе нравственнаго закона заключается главнымъ образомъ въ спокойствіи или въ упрекахъ собственной совѣсти самаго преступника, отчасти же и въ вызываемыхъ подъ впечатлѣніемъ его дѣйствія движеніяхъ совѣсти общественной, которыя выражаются въ одобреніи или хулѣ. Спокойствіе или упреки совѣсти — это такой фактъ который всякій человѣкъ испытываетъ въ самомъ себѣ ежеминутно. Совѣсть награждаетъ мучениковъ за правду восторгами неописаннаго блаженства; она даетъ имъ силу сдѣлаться героями долга, жертвовать собою за братью, за народъ, за человѣчество. Та же совѣсть преслѣдуетъ злодѣевъ своими терзаніями, тѣмъ внутреннимъ безпокойствомъ и томленіемъ, которыя отравляютъ каждую ихъ минуту. Злодѣй не можетъ устранить изъ своего сознанія того идеала, который онъ долженъ былъ осуществить. Разстояніе между его идеаломъ и его дѣяніемъ, разорванность между двумя сторонами его бытія—индивидуальною и общественною причиняютъ ему ту боль, которою всегда сопровождается неудовлетворенная потребность природы человѣческой и которую мифологія древнихъ грековъ олицетворяла въ грозномъ образѣ божественныхъ Эвменидъ, преслѣдующихъ преступника съ горящими факелами и бичами изъ змѣй въ рукахъ. Отъ этого нравственнаго ада человѣкъ можетъ избавиться неиначе, какъ возстановивъ нарушенное равновѣсіе, а онъ его возстановляетъ поднимая дѣйствіемъ своей воли свою упавшую личность до высоты своего идеала.

---

[1]) *Proudhon*. De la justice etc., 12 étude De la sanction.

Сознаніе вины, соединенное съ рѣшимостью сдѣлаться лучшимъ, совершеннѣйшимъ, называется раскаяніемъ и имѣетъ результатомъ примиреніе человѣка съ своею совѣстью, успокоеніе его внутреннее. Если вникнемъ въ процессъ дѣйствія совѣсти, то увидимъ, что она содержитъ въ себѣ тѣже функціи, которыя являются въ жизни общественной раздѣленными между различными лицами. Человѣкъ, какъ существо одаренное совѣстью есть самъ себѣ законодатель, то есть самъ себѣ ставитъ извѣстный идеалъ справедливости, какъ высшее требованіе своей общежительной природы. Онъ же исполнитель или нарушитель этого закона. Онъ же судья о нарушеніи или исполненіи. Онъ же собственный свой палачъ или вознаградитель. Онъ же и примиритель. На практикѣ намъ попадаются явленія заставляющія порою усомниться въ дѣйствительномъ существованіи и въ полномъ дѣйствіи нравственной санкціи: торжествующій порокъ, добродѣтель предаваемую на распятіе, видимое спокойствіе и самодовольствіе людей злыхъ. Но въ подобныхъ случаяхъ бываетъ непремѣнно одно изъ двухъ: или злодѣй безсознательно золъ или сознательно. Если онъ золъ безсознательно, то есть если у него недостаетъ совѣсти какъ способности ставить себѣ идеалы справедливости и осуществлять ихъ, то онъ неспособенъ страдать отъ угрызеній совѣсти, но неспособенъ также и радоваться, наслаждаться. Такой человѣкъ ниже другихъ на лѣствицѣ созданій, мы можемъ только его презирать, но не гнѣваться на него, какъ не гнѣваемся на волка или тигра за то, что они кровожадны; мы будемъ относиться къ нему только какъ къ вредному животному, у котораго надобно отнять средства вредить. Если же этотъ человѣкъ сознательно золъ, то въ такомъ случаѣ казнь надъ нимъ совершается, но такъ какъ она происходитъ въ недосягаемыхъ для насъ глубинахъ его сознанія, то мы можемъ ее и не замѣчать. Часто лицо злодѣя носитъ на себѣ маску невозмутительнаго спокойствія, а между тѣмъ въ душѣ его совершается страшная драма, которую мы и не подозрѣваемъ и которая навела бы ужасъ на зрителей если бы они могли ее наблюдать. Невидя полнаго осуществленія въ этомъ мірѣ санкціи нравственной и наталкиваясь на явленія противурѣчащія требованію совѣсти чтобы каждый наслаждался и страдалъ по мѣрѣ дѣлъ своихъ, человѣкъ приходитъ къ предположенію о существованіи царства божья инаго, совершеннѣйшаго, и о полнѣйшемъ осуществленіи санкціи нравственной въ жизни загробной. Не высказывая нашего личнаго убѣжденія мы приводимъ только фактъ, что у всѣхъ народовъ съ древнѣйшихъ временъ и до нынѣ въ догматахъ ихъ религіи встрѣчается вѣра въ жизнь будущую. Въ иныхъ мифологіяхъ, представленія объ этой жизни темныя, смутныя, въ другихъ они опредѣлительнѣе и являются въ богатой, разноцвѣтной обстановкѣ созданной народнымъ творчествомъ.

Кромѣ этой опоры закона нравственнаго въ совѣсти индивидуаль-

ной самаго дѣятеля, есть еще и другая опора внѣшняя, весьма существенная и чувствительная — это голосъ общественнаго мнѣнія, общественное одобреніе или хула. Вслѣдствіе общежитія въ массахъ вырабатывается общая совѣсть, которая возбуждается къ дѣйствіямъ каждымъ доблестнымъ или порочнымъ поступкомъ каждаго изъ недѣлимыхъ, входящихъ въ составъ общества. Подвигъ лица приноситъ честь его семьѣ, украшаетъ и возвышаетъ его сословіе, имъ радуются и гордятся его земляки; наконецъ дѣлами своихъ сыновей, своихъ мучениковъ, героевъ, государственныхъ мужей, ученыхъ, артистовъ обогащается цѣлый народъ; изъ именъ прославившихся слагается вѣнецъ славы народной. Наоборотъ всякая подлость заставляетъ общество стыдиться и краснѣть. Порицаніе общества выражается въ словахъ, дѣйствіяхъ, знакахъ, которые поражаютъ недостойнаго самымъ неожиданнымъ образомъ, даже со стороны лицъ ему чуждыхъ, неизвѣстныхъ и не даютъ его совѣсти отдѣлаться отъ прошлыхъ грѣховъ забвеніемъ. Всякому извѣстно, что боязнь хулы и стыда такъ сильно дѣйствуютъ даже на слабыя, испорченныя, безхарактерныя натуры, что чего бы человѣкъ ни сдѣлалъ ради собственной своей совѣсти, то онъ не рѣдко дѣлаетъ ради рѣчей людскихъ; трусъ дѣлается иногда храбрымъ, скупецъ щедрымъ, не по желанію быть такимъ, но по желанію такимъ казаться. Вліяніе совѣсти общественной на совѣсть личную столь могущественно, что при полномъ развитіи общественнаго мнѣнія и при крѣпкомъ устройствѣ семьи и сословій, почти не нужно уголовныхъ законовъ, арестовъ, тюремъ, каторги и государство будетъ существовать при самыхъ ничтожныхъ механическихъ средствахъ принужденія. Въ томъ и заключается главный недостатокъ всѣхъ современныхъ обществъ на материкѣ Европы, что въ нихъ нѣтъ вполнѣ развитаго общественнаго мнѣнія, что они разбиты на атомы, что отдѣльныя лица въ нихъ не привыкли группироваться и въ государствѣ видятъ не самихъ себя, а нѣчто имъ чуждое; что къ правительствамъ отдѣльныя недѣлимыя относятся какъ къ внѣшнимъ властямъ механически сдерживающимъ общественный порядокъ и что лицо подлое, носящее на себѣ анаѳему общественнаго мнѣнія, найдетъ всегда довольно равнодушныхъ, которые не брезгая и негнушаясь имъ, будутъ съ нимъ уживаться и сообщаться. Этими обстоятельствами и объясняется почему теперешнія государства нуждаются въ такомъ количествѣ тюремъ и казней.

Судъ общественнаго мнѣнія, какъ и всякій судъ вообще, условно справедливъ, то есть порою онъ можетъ быть ошибоченъ и жестокъ. Общество склонно порицать все то, что не подходитъ подъ установившійся въ правахъ типъ порядочнаго человѣка, что не укладывается въ уровень обыкновенныхъ пріемовъ и приличій. Деспотизмъ общественнаго мнѣнія можетъ быть столь же тяжелъ, какъ и деспотизмъ власти, то

есть способенъ задавить и заморить лицо, которое поставило себѣ цѣлью иной идеалъ, можетъ быть совершеннѣйшій нежели идеалъ господствующій въ обществѣ, лицо которое иному Богу покланяется и стоитъ выше по своимъ убѣжденіямъ нежели масса (J. St. Mill, On liberty). Исторія намъ показываетъ множество обществъ, побивавшихъ своихъ умственныхъ и нравственныхъ вождей и пророковъ. Это зло неизбѣжное, которое не можетъ не быть въ чемъ бы то не было человѣческомъ и противу коего нѣтъ инаго средства, кромѣ надежды на исторію и терпѣливаго выжиданія суда будущихъ поколѣній. Это такой недостатокъ, который налагаетъ на насъ обязанность быть безконечно толерантными въ отношеніи къ чужимъ убѣжденіямъ. Но если только соблюдено это условіе, если приговоръ общества не насилуетъ ничьего убѣжденія и основанъ на нормѣ, которую самъ судимый не можетъ не признать для себя обязательною, то въ такомъ случаѣ онъ справедливъ. Тому кто осужденъ подобнымъ приговоромъ, остается или оставаться подъ анаѳемою общественнаго мнѣнія, выдерживая съ нимъ безпрестанную, мучительную борьбу или примириться съ нимъ, изгладивъ по мѣрѣ возможности вредныя послѣдствія своего дѣянія, сначала въ себѣ самомъ, а потомъ и въ обществѣ. Онъ можетъ искупить вину обнаруживъ, что ему присущъ тотъ же идеалъ справедливости, которому поклоняется общество и доказавъ цѣлымъ рядомъ дѣлъ доблестныхъ, что онъ питаетъ твердую рѣшимость слѣдовать впредь этому идеалу, иными словами, что его личность лучше нежели сложившееся объ немъ мнѣніе.

Перейдемъ наконецъ къ сферѣ дѣятельности человѣка юридической. Здѣсь нормою отношеній между людьми дѣлается законъ положительный, объективный, безличный, съ которымъ всѣ обязаны согласоваться, каковы бы не были склоняющіе ихъ къ исполненію закона мотивы. Утвердителемъ и охранителемъ закона положительнаго является правосудіе государственное. Санкція закона положительнаго выражается 1) отрицательно въ томъ, что пока человѣкъ не нарушилъ или по крайней мѣрѣ не попытался нарушить норму закона положительнаго, слѣдовательно пока онъ не посягнулъ на одно изъ существенныхъ, по сознанію народа, условій общежитія, до тѣхъ поръ онъ неприкосновененъ со стороны государства, какъ бы онъ не былъ золъ, развращенъ, порочень. Онъ можетъ жить и дѣйствовать въ полной увѣренности, что предъ государствомъ онъ безотвѣтственъ, что онъ останется въ ненарушимомъ пользованіи всѣми тѣми правами и благами, которыя государство обезпечиваетъ каждому изъ своихъ согражданъ. 2) Санкція закона юридическаго выражается положительно въ томъ, что въ случаѣ посягательства на этотъ законъ, а слѣдовательно и на общежитіе, общественная власть противудѣйствуетъ этому посягательству. Она можетъ противудѣйствовать двумя путями или способами: а) путемъ полицейскаго *предупреж-*

денія, пока законъ юридическій еще ненарушенъ и б) путемъ *взысканія*, когда законъ уже нарушенъ. Это взысканіе имѣетъ два вида. Есть правонарушенія въ которыхъ главный элементъ составляетъ внѣшняя ихъ сторона и центръ тяжести лежитъ въ матеріальномъ, причиненномъ ими ущербѣ. Что касается до этихъ правонарушеній, которыя называются гражданскими или частными, то достаточно, когда общественная власть озаботится уничтоженіемъ ихъ матеріальныхъ послѣдствій, не входя въ разбирательство мотивовъ руководившихъ нарушителемъ и не вникая въ то, на сколько въ дѣяніи просвѣчиваетъ злая воля преступника, расходящаяся съ требованіями общежитія. Регуляція отношеній, возстановленіе нарушеннаго права, уничтоженіе послѣдствій неправды, совершаются въ этомъ случаѣ въ области имущественной или экономической, въ которой всѣ вещи и дѣйствія разсматриваются какъ цѣнности и уравниваются между собою по приведеніи ихъ къ этому общему знаменателю. За причиненный ущербъ берется въ пользу пострадавшаго съ нарушителя, не обращая вниманія на побудительныя причины его дѣйствія, приличный эквивалентъ — вознагражденіе. Къ вознагражденію приводятся всѣ почти мѣры гражданскихъ взысканій.

Но есть кромѣ того правонарушенія, которыхъ главный элементъ заключается не въ матеріальномъ вредѣ, а въ проглядывающей въ дѣйствіи злой волѣ, такъ что въ ней собственно лежитъ центръ тяжести преступленія. Они не могутъ быть покрыты однимъ вознагражденіемъ матеріальнымъ. Преступникъ и общество отдѣлены пропастью; преступленіе раскрыло къ преступникѣ порчу нравственную, могущую послужить источникомъ заразы, опасной для общества; оно отразилось въ общественной совѣсти чувствомъ негодованія и требованіемъ обузданія воли преступной. Общество можетъ и должно защищаться, потому что иначе оно не могло бы и существовать, такъ какъ всѣ прочія средства оказались недостаточными. Обществу остается или а) признать преступника существомъ совершенно уже испорченнымъ, въ которомъ совѣсть уже погасла, поступить съ этимъ существомъ какъ съ дикимъ звѣремъ или съ врагомъ, отсѣчь отъ себя этотъ мертвый членъ, исключить его изъ общежитія. Съ этой точки зрѣнія не можетъ быть безусловно отрицаемо даже и право государства на смертную казнь, если только доказано, что преступникъ окончательно уже испорченъ и что безъ пролитія его крови, государство не можетъ считать себя безопаснымъ (замѣтимъ что на дѣлѣ ни то ни другое не можетъ быть доказано). Или б) если въ преступникѣ совѣсть не совсѣмъ погасла и есть какая нибудь надежда на то, что этотъ человѣкъ способенъ къ общежитію или можетъ со временемъ сдѣлаться способнымъ къ общежитію при измѣненіи окружающей его обстановки, то государство должно обратиться къ источнику зла, къ его же собственной волѣ свободной и потребовать отъ него что-

бы онъ примирился съ совѣстью общественною; чтобы онъ искупилъ свою вину суммою дѣлъ добрыхъ, которыя бы заставили забыть о его прежнихъ дѣлахъ злыхъ; чтобы наставленный, перевоспитанный и испытанный онъ вступилъ снова и безъ всякаго пятна въ то общество, которое удостовѣрилось что онъ его достоинъ и которое поэтому рѣшилось съ нимъ помириться. Такое на волю преступника направленное со стороны общественной власти взысканіе, за которымъ слѣдуетъ или исключеніе виновнаго изъ общества или примиреніе его съ обществомъ, называется *наказаніемъ уголовнымъ*.

§ 29. Теперь легко опредѣлить существо, цѣль и назначеніе наказанія и устранить всѣ ложныя представленія о немъ, обращающіяся въ общежитіи.

Наказаніе не есть и не должно быть никогда разсматриваемо какъ возмездіе (таліонъ) зломъ за зло, кровью за кровь. Если частный человѣкъ расплачивается такимъ образомъ съ своими обидчиками, то это дѣйствіе называемъ мы местью; мы ее извиняемъ иногда, но не можемъ ей сочувствовать, потому что идеалъ нашъ выросъ и что въ идеальномъ типѣ человѣка какимъ онъ долженъ быть, первое мѣсто занимаетъ всепрощеніе обидъ. Если кто изъ людей частныхъ, не облеченныхъ судейскою властью, самъ неподвергаясь обидѣ, но будучи свидѣтелемъ обиды причиняемой другимъ, отмститъ обидчику увлекаемый негодованіемъ, то подобный поступокъ называется самоуправствомъ, а за самоуправство положены наказанія въ законахъ уголовныхъ. Свойство дѣйствія нисколько не измѣнится, если на мѣстѣ мстящаго станетъ общество и если облеченный общественною властью судья, будетъ подвергать наказанію преступника ради одного только возмездія. Эту месть не можетъ облагородить и то предположеніе, что возмездіе есть удовлетвореніе требованіямъ безусловной справедливости. Нѣкогда на Востокѣ, у ассиріянъ, финикіянъ богамъ приносились жертвы человѣческія; у іудеевъ мѣсто жертвъ человѣческихъ заняли закалываемые тельцы; нынѣ Богу не приносятся жертвы кровныя никакія. Зачѣмъ возвращаться къ язычеству и ставить жертвенникъ какому-то небывалому безличному богу безусловной справедливости, который тѣмъ хуже, что онъ есть чистая абстракція ума. Едвали могутъ быть сдѣланы сколько нибудь серьезныя возраженія относительно несостоятельности наказанія какъ возмездія; между тѣмъ однако система возмездія глубоко въѣлась въ наши положительныя законодательства и держится тамъ безчисленными корнями. Преступника рубятъ и вѣшаютъ, сѣкутъ и заковываютъ въ кандалы; на немъ кладутъ печать неизгладимаго позора посредствомъ такъ называемыхъ обезчещивающихъ наказаній, отнимающихъ всякую возможность исправленія, однимъ словомъ законодательства больше всего озадачены тѣмъ, какъ бы причинить ему, какъ можно болѣе страданій. По-

томъ когда это озлобленное существо совершитъ новое преступленіе, правосудіе съ лицемѣрнымъ негодованіемъ претендуетъ къ нему за то, что онъ не исправился и вслѣдствіе того удваиваетъ и утраиваетъ свои взысканія.

Наказаніе не должно быть употребляемо какъ средство *устрашенія.* Грозою и страхомъ можно господствовать только надъ рабами, но не надъ людьми самосознательными и свободными. Человѣку, какъ онъ долженъ быть, противно подчиняться одной только внѣшней необходимости. Онъ подчиняется охотно только требованіямъ своей собственной нравственной природы; онъ долженъ творить добро не для награды и не изъ боязни, но потому что оно само по себѣ благо, повиноваться закону изъ уваженія къ самому закону. Законодательству слѣдуетъ не искажать эти благородные инстинкты, но поддерживать ихъ, стараться всячески о возвышеніи достоинства человѣка, которое будетъ унижено если на массу будемъ смотрѣть какъ на толпу животныхъ, которыхъ можно пугать и заставлять повиноваться видомъ частыхъ казней. Ежели до сихъ поръ политика смотрѣла на наказаніе, какъ на средство устрашенія, то это только вслѣдствіе господствующаго у современныхъ народовъ страшнаго разобщенія между отдѣльными классами общества, между личностью и государствомъ. Государство и общественная власть представляются намъ чѣмъ то чуждымъ; законъ положительный кажется намъ врагомъ, котораго слѣдуетъ обойти, которому подчиняешься только по неволѣ. Между членами общества нѣтъ живой связи. Мы — счастливые міра сего, потому что на нашу долю достались и досугъ и достатокъ и образованіе; подъ нами копошатся несмѣтныя массы людей неимѣющихъ досуга для развитія мысли, согбенныхъ надъ трудомъ механическимъ, живущихъ жизнью рабочаго вола, вьючной скотины; а еще ниже въ глубинахъ, куда страшно заглянуть, пресмыкаются толпы голодныхъ, оборванныхъ, нищихъ, едва носящихъ на себѣ образъ и подобіе человѣка, которыхъ просто боится общество образованное, досужее и довольное. Оно не знало бы какъ управиться съ ними, если бы не держало ихъ въ уздѣ, а узду эту составляютъ боязнь каръ адскихъ на томъ свѣтѣ и боязнь каръ уголовныхъ въ жизни настоящей. Современемъ эти массы просвѣтятся, ихъ матеріальное положеніе будетъ улучшено, тогда измѣнятся и условія уголовнаго правосудія. Теперь огромное количество отверженныхъ, которымъ нечего терять; должно стараться чтобы отверженныхъ не было, тогда наказаніе будетъ примѣрно не по физическимъ страданіямъ и матеріальнымъ неудобствамъ, которыя оно влечетъ за собою, но потому что оно знаменуетъ разрывъ съ обществомъ, а любящему общество больно терять разомъ все, чѣмъ онъ въ этомъ обществѣ пользовался.

Наказаніе не есть средство *исправленія* преступника, потому что

преступникъ не всегда можетъ быть исправленъ. На душу нельзя дѣйствовать механически. Государство заблуждалось бы если бы полагало, что столько то мѣсяцевъ заключенія въ кельѣ, столько то наставленій и уроковъ произведутъ этотъ результатъ. Скорѣе наказаніе есть испытаніе преступника въ томъ, можетъ ли онъ и хочетъ ли онъ возстать послѣ паденія, искупить свою вину и явить себя опять достойнымъ вступленія въ общежитіе.

Наказаніе не есть *вознагражденіе* за зло причиненное преступленіемъ. Удовлетвореніе должно заключаться въ какой нибудь положительной цѣнности, которую обидчикъ даетъ обиженному, преступникъ обществу, но можетъ ли считаться удовлетвореніемъ то что съ преступника взыщутъ уголовно, что къ злу преступленія прибавится зло наказанія. Преступникъ можетъ дать удовлетвореніе, оно въ его волѣ и власти; оно заключается въ дѣлахъ добрыхъ, въ поведеніи честномъ, въ раскаяніи непритворномъ, которымъ онъ и заставитъ забыть о прошедшемъ, но не въ наказаніи.

Наказаніе есть охраненіе закона положительнаго, посредствомъ исключенія изъ общества тѣхъ, чья совѣсть разошлась, судя по ихъ дѣйствіямъ внѣшнимъ, съ совѣстью общественною и не подчиняется сей послѣдней, или посредствомъ испытанія и примиренія съ обществомъ тѣхъ нравственно павшихъ, въ которыхъ идеалъ справедливости не совсѣмъ погасъ, съ предоставленіемъ имъ возможности войти опять въ общеніе съ людьми и образомъ своихъ дѣйствій заслужить опять на то уваженіе, котораго они по своей винѣ лишились.

§ 30. По уясненіи существа государственнаго уголовнаго права, легко рѣшить два другіе вопроса поставленные нами въ началѣ настоящей главы:

Какія дѣянія уголовно преступны?

Тѣ, кои по разумному, согласному съ природою вещей сознанію общества несовмѣстны съ общежитіемъ и не могутъ быть охранены другими менѣе насильственными средствами: народнымъ воспитаніемъ образованіемъ, гражданскими взысканіями, чисто нравственною санкціею совѣсти и общественнаго мнѣнія.

Какая должна быть мѣра наказанія?

Наказаніе должно соотвѣтствовать и относительной преступности дѣйствія, и свойству породившихъ его мотивовъ, и вообще всей личности преступника. Мѣра его можетъ быть опредѣлена только совокупною дѣятельностью законодателя, судьи и исполняющей наказаніе административной власти. Въ сознаніи народа составляется общее представленіе объ относительной преступности извѣстнаго дѣйствія, по одной только важности нарушеннаго права и связи его съ обществомъ, независимо отъ породившихъ его мотивовъ. Эту то чисто абстрактную мѣру на-

казанія выражаетъ законъ уголовный. Но преступникъ имѣетъ право требовать чтобы его дѣйствіе цѣнили по его сознанію и винѣ; при томъ часто не онъ одинъ виноватъ предъ обществомъ, а и общество отчасти предъ нимъ, потому что оно его расположило къ преступленію своими нравами, противурѣчіями въ своихъ учрежденіяхъ, поблажкою многимъ порокамъ, излишнею строгостью многихъ своихъ законовъ, а больше всего отсутствіемъ заботливости о нравственномъ и умственномъ образованіи массъ и объ ихъ благосостояніи матеріальномъ. Между обществомъ и преступникомъ является въ видѣ посредника судья, который и скидываетъ, такъ сказать, съ вины преступника все то, что можетъ быть отнесено на счетъ внѣшнихъ, дѣйствовавшихъ на него вліяній. Эта судейская мѣра наказанія выражается въ приговорѣ суда. Потомъ если подвергшись наказанію, преступникъ измѣнился къ лучшему, явилъ въ себѣ несомнѣнное раскаяніе и развилъ въ себѣ способность самообладанія, то хотя бы еще и не истекъ срокъ наказанія, правосудіе удостовѣрившись въ его исправленіи, должно сказать: довольно, и ввести исправленнаго въ кругъ общежитія. Такимъ образомъ извѣстное участіе въ мѣрѣ наказанія должна имѣть и исполняющая наказаніе администрація. Наконецъ если дѣйствіе преступно по закону положительному, но совершено лицомъ по требованію идеала высшаго, нежели тотъ идеалъ, который выраженъ въ законахъ положительныхъ, тогда у общества остается еще одно средство: помилованіе, совершенное прощеніе вины.

Карая нарушителей своихъ уставовъ общество само носитъ на себѣ отчасти нравственную за нихъ отвѣтственность. Ко многимъ преступленіямъ оно располагаетъ своимъ неустройствомъ, несовершенствомъ своихъ учрежденій. Если преступленія учащаются, то опытъ почти всегда показываетъ, что въ этомъ явленіи вина на сторонѣ самыхъ учрежденій. Вотъ почему на цѣломъ обществѣ и на каждомъ его членѣ отдѣльно взятомъ лежитъ нравственная обязанность стремиться къ усовершенствованію общественныхъ формъ и къ воплощенію въ нихъ идеальныхъ понятій объ истинѣ, добрѣ, правосудіи.

ГЛАВА II.

УГОЛОВНЫЙ ЗАКОНЪ.

---

§ 31. *Опредѣленіе.* Уголовный законъ, въ обширномъ смыслѣ, есть всякое постановленіе относящееся къ дѣятельности уголовнаго правосудія. Въ тѣсномъ смыслѣ это есть законъ приказывающій извѣстное дѣяніе подъ угрозою наказанія за неисполненіе этого запрета или приказа. Законъ уголовный, въ тѣсномъ смыслѣ, дѣлится на двѣ части: а) опредѣлительную и б) охранительную. Первая состоитъ изъ запрета или приказа (dispositif de la loi); вторая изъ подтвержденія этого запрета или приказа наказаніемъ (sanction de la loi).

Законъ уголовный, какъ и всякій законъ положительный, проистекаетъ изъ троякаго источника: народнаго юридическаго инстинкта, законодательной дѣятельности правительства и науки, и является въ троякой формѣ: права обычнаго, закона, такъ называемаго, писаннаго и научной обработки. Пока народъ молодъ, въ общежитіи преобладаетъ обычай, въ нравахъ устанавливаются сами собою извѣстныя нормы уголовныя и возникаетъ система взысканій, по строгости которыхъ можно догадываться объ относительной преступности тѣхъ или другихъ дѣйствій въ представленіяхъ народа. Съ возмужаніемъ народа является потребность въ болѣе опредѣлительной формѣ закона, потому что обычай оказывается уже недостаточнымъ для устроенія болѣе и болѣе усложняющихся и запутывающихся формъ общежитія. Тогда возникаетъ законъ писанный, изрекаемый верховною властію, который становится на первомъ планѣ. При законѣ писанномъ обычай продолжаетъ существовать, но становится уже источникомъ второстепеннымъ. Въ правѣ уголовномъ онъ не можетъ имѣть того значенія, которымъ онъ пользуется въ правѣ частномъ, потому что право уголовное допускаетъ весьма мало

простора произволу частному; постановленія его строги и должны быть въ точности исполняемы и въ интересѣ общественнаго блага, которое уголовный законъ хранитъ отъ нарушенія, и въ интересѣ свободы гражданской, для которой этотъ законъ служитъ гарантіею. Наконецъ у образованныхъ народовъ, на ряду съ этими двумя формами, является и третья: авторитетъ законовѣдцевъ. Подобными законовѣдцами бываютъ обыкновенно судьи. Авторитетъ ученаго не можетъ уничтожить и даже переиначить законъ положительный, но въ каждомъ законѣ положительномъ есть пробѣлы, которые могутъ быть сглажены посредствомъ научнаго истолкованія закона. Толкованіе закона можетъ быть двоякое: законодательное и научное (interprétation par voie d'autorité et par voie de doctrine — interpr. legalis et doctrinalis). Законодательное принадлежитъ законодательной власти, которая можетъ всегда дополнить усмотрѣнныя неполноты въ законѣ новымъ закономъ. У народовъ малообразованныхъ юридически одно только и есть толкованіе законодательное, имъ рѣшаются всѣ возникающія сомнѣнія. У народовъ болѣе образованныхъ является и другое толкованіе — научное, котораго органами служатъ преимущественно суды. Имъ воспрещено обращаться къ законодательной власти [1]); они обязаны рѣшить сомнѣнія какъ съумѣютъ, руководствуясь при недостаткѣ яснаго постановленія на предстоящій казусъ, коренными началами и духомъ цѣлаго законодательства. Толкованіе закона судомъ ни для кого на будущее время необязательно, но такъ какъ оно разумно и исходитъ отъ знатоковъ, то оно имѣетъ большой вѣсъ въ практикѣ; къ нему прибѣгаютъ и имъ руководствуются юристы въ подобныхъ рѣшенному случаяхъ. Толкованіе судебное служитъ лучшимъ средствомъ для обработки и развитія положительнаго законодательства. Безъ сочиненій англійскихъ законовѣдцевъ, законодательство англійское было бы не примѣнимо на практикѣ по своей громадности и разнообразію источниковъ. Собранія приговоровъ французскаго кассаціоннаго суда (jurisprudence des arrêts) служитъ необыкновенно важнымъ подспорьемъ закону писанному.

Всякое преступленіе есть посягательство на общественное устройство, а общественное устройство опирается на законъ положительный. Отсюда слѣдуетъ, что никто не долженъ подлежать отвѣтственности уголовной за злодѣяніе, которое не обозначено въ уголовномъ законѣ положительномъ. Это правило выражается въ латинской юридической пословицѣ, превратившейся въ аксіому: *nullum crimen, nulla poena sine lege* [2]). Это простое положеніе столь очевидно справедливо, что

---

[1]) Code Napoléon art. 4.

[2]) Что это правило неримское по происхожденію, что оно возникло гораздо позднѣе и что оно основано на новѣйшемъ воззрѣніи на существо государства и закона, доказалъ *Seeger*. Ueber die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze. 1862. У римлянъ

почти не требуетъ доказательствъ. Взысканіе уголовное можетъ постигнуть лицо только за дѣяніе, нарушающее одно изъ условій общежитія, слѣдовательно прежде всего надобно доказать, что данное дѣяніе имѣло по сознанію народа это разрушительное свойство, а доказать можно только ссылкою на законъ положительный, какъ на выраженіе народнаго сознанія. Если народъ довольствуется еще правомъ обычнымъ, то ссылка должна состоять въ указаніи на историческое происхожденіе юридическаго обычая въ прошедшемъ и на соблюдаемость его въ настоящемъ. Если народъ управляется на основаніи законовъ писанныхъ, то ссылка должна состоять въ указаніи на самъ подлинный текстъ закона надлежащимъ образомъ изданнаго, обнародованнаго во всеобщее извѣстіе и неотмѣненнаго въ послѣдствіи. И такъ, если въ законѣ не положено наказаній за какое нибудь злодѣяніе, весьма вредное и тяжкое, то и въ такомъ даже случаѣ надлежитъ виновника оставить отъ суда свободнымъ. Дѣяніе его только безнравственно, но юридически не преступно, а государство не можетъ взыскивать за одни безнравственности лишенныя юридическаго характера. Какой вредъ отъ безнаказанности злодѣяній пропущенныхъ въ законѣ положительномъ? только тотъ, что на первый разъ такое злодѣяніе оставлено будетъ безъ взысканія, но это упущеніе можетъ быть тотчасъ исправлено законодателемъ изданіемъ закона, который запрещая это дѣяніе, поставитъ надежный оплотъ противу подобныхъ явленій въ будущемъ. Конечно эта безнаказанность есть зло, но зло весьма рѣдкое, потому что подобныхъ пропусковъ въ законѣ немного и что въ каждомъ кодексѣ, если и пропущены нѣкоторые виды, то почти всегда обозначены главные роды правонарушеній, подъ которые преступникъ можетъ быть подведенъ. Такъ напримѣръ, если бы въ данномъ кодексѣ не упоминалось объ отцеубійствѣ, то преступникъ можетъ быть все таки подведенъ подъ законъ о смертоубійствѣ простомъ; если нѣтъ наказанія за троеженство, то найдется наказаніе за двоеженство и т. д. Зло отъ безнаказанности злодѣянія пропущеннаго въ законѣ, ни какъ не можетъ быть сравнено со страшнымъ вредомъ отъ наказуемости злодѣяній безъ закона положительнаго и съ проистекающимъ оттуда стѣсненіемъ свободы гражданской. Свобода гражданская можетъ быть опредѣлена практически слѣдующимъ образомъ: она состоитъ въ возможности дѣлать все то, что незапрещено закономъ. Если уголовное правосудіе станетъ карать и за то, что не запрещено, то и самый праведный человѣкъ не будетъ безопасенъ, потому что нѣтъ дѣянія, кото-

---

во времена республики не наказывался никто безъ закона уголовнаго, но весьма часто закону уголовному сообщалось обратное дѣйствіе на преступленія, совершенныя до его изданія.

рое нельзя было бы представить въ дурномъ свѣтѣ посредствомъ натяжекъ и пріурочить по сходству къ какому нибудь преступленію.

Изъ правила: nulla poena sine lege, вытекаютъ слѣдующіе практическіе результаты: толкованіе уголовнаго закона должно быть самое строгое, не распространительное, но стѣснительное (interpretatio non extensiva sed restrictiva), то есть онъ долженъ быть распространяемъ только на случаи именно въ немъ исчисленные. Употребленіе аналогіи или сходства можетъ имѣть въ области уголовнаго права самое ограниченное примѣненіе. Нельзя подвергать взысканіямъ уголовнымъ упущенные изъ виду законодателемъ случаи, хотя бы они по существу своему весьма были сходны съ запрещенными. Употреблять аналогію можно только тогда, когда законодатель выразилъ несомнѣнно, что данное дѣяніе наказуемо, но оставилъ нѣкоторыя неполноты и неточности относительно мѣры наказанія.

§ 32. *Виды закона уголовнаго.* По образу выраженія уголовной санкціи законы уголовные дѣлятся на: 1) совершенно опредѣленные (l. p. definitae), когда законодатель совершенно опредѣлилъ мѣру наказанія и въ качественномъ и въ количественномъ отношеніи, ничего не предоставляя на усмотрѣніе судьи; 2) совершенно неопредѣленные (l. p. indefinitae), когда законодатель запрещая извѣстное дѣяніе, не опредѣлилъ наказанія ни въ качественномъ, ни въ количественномъ отношеніи, предоставивъ усмотрѣнію судьи выборъ и рода, и степени, и мѣры наказанія, такъ что наказаніе зависитъ вполнѣ отъ судейскаго произвола; 3) относительно опредѣленные (l. p. secundum quid definitae), когда законодатель заключилъ наказаніе въ довольно широкіе предѣлы, внутри которыхъ судья можетъ дѣйствовать свободно, сообразуясь съ особенностями каждаго отдѣльнаго случая и устанавливая мѣру наказанія по увеличивающимъ или уменьшающимъ вину обстоятельствамъ, напр., когда законодатель предоставилъ на выборъ судьѣ нѣсколько различныхъ наказаній или означилъ только качество наказанія, но не его количество, или означилъ только maximum и minimum его количества. Только законы относительно опредѣленные способны предотвратить совокупною дѣятельностью законодателя и судьи, недостатки уголовнаго законодательства, почему этотъ родъ законовъ и господствуетъ нынѣ въ кодексахъ современныхъ, которые почти исключительно состоятъ изъ законовъ относительно опредѣленныхъ.

§ 33. *Дѣйствіе уголовнаго закона.* Законъ уголовный ограничивается въ своемъ примѣненіи временемъ, пространствомъ и кругомъ лицъ ему подлежащихъ. Его дѣйствіе и должно быть разсматриваемо съ этихъ трехъ сторонъ: по лицамъ, времени и мѣсту.

1) *Лица подчиненныя закону уголовному.* Закону уголовному государства, какъ утвержденію и опорѣ общественнаго порядка, подчи-

нены всѣ члены государственнаго союза, то есть всѣ подданные и даже иностранцы, вступившіе въ предѣлы государства, до тѣхъ поръ пока они обрѣтаются на государственной территоріи. Въ этомъ смыслѣ можно раздѣлить подданныхъ государства на постоянныхъ и временныхъ (subditi perpetui et temporarii), разумѣя подъ послѣдними иностранцевъ. Вступивъ на чужую территорію и пользуясь покровительствомъ мѣстныхъ законовъ, иностранецъ подчиняется вмѣстѣ съ тѣмъ условіямъ общежительнымъ быта той среды, въ которой онъ обрѣтается, а слѣдовательно и уголовнымъ ея установленіямъ, какъ подданный временной. Изъ общепринятаго и никѣмъ неоспариваемаго [1]) правила о подлежаніи всѣхъ лицъ въ предѣлахъ государства обрѣтающихся его уголовнымъ законамъ, допускаются слѣдующія необходимыя исключенія: 1) государь въ государствахъ монархическихъ. Онъ не подчиняется закону, потому что онъ живой источникъ закона и непосредственное воплощеніе державности государства (princeps legibus solutus est. l. 31. D. de leg.). Онъ не можетъ быть ни судимъ ни наказываемъ. Въ монархіяхъ ограниченныхъ гарантію неприкосновенности конституціи со стороны государя составляютъ отвѣтственность министровъ и правило, что никакой новый законъ не можетъ имѣть обязательной силы, если онъ не скрѣпленъ министромъ. 2) Государи иностранные, какъ олицетворенія державности другихъ государствъ (неподсудными мѣстнымъ законамъ считаются и члены царствующихъ домовъ, состоящіе въ свитѣ иностраннаго государя или регента на чужой территоріи). 3) Представители международные иностранныхъ державъ разныхъ наименованій (послы, посланники, дипломатическіе агенты, а на Востокѣ даже консулы). Ихъ неподсудность законамъ уголовнымъ страны, куда они посланы въ качествѣ уполномоченныхъ, основывается на юридической фикціи ихъ внѣземельности (exterritorialité), вслѣдствіе которой они предполагаются подлежащими только уголовнымъ законамъ своего отечества. Международное право распространяетъ привилегію несудимости на ихъ семейства и свиту, но не на ихъ прислугу. 4) Военные корабли съ ихъ экипажами, допущенные въ территоріальныя моря и гавани иностранныя. Они считаются подвижными крѣпостями государства, чей флагъ на нихъ развѣвается, на основаніи той же фикціи внѣземельности. 5) Иностранныя войска, допущенныя на территорію державы союзной съ ихъ правительствомъ или нейтральной. Преступленія совершаемыя чи-

---

[1]) Спорятъ не о самомъ правилѣ, которое всѣми принимается, но о логическомъ его основаніи. *Bar* замѣчаетъ, что нельзя основывать подлежанія иностранцевъ уголовному закону на добровольномъ ихъ подчиненіи этому закону, потому что въ такомъ случаѣ лицо не по доброй волѣ вступившее на территорію государства (напр. плѣнный) не могло бы быть обязываемо закономъ уголовнымъ государства. (Das intern. Privat- und Strafrecht S. 510).

нами этихъ войскъ противу своихъ товарищей, противу военной дисциплины и противу своего государства, подсудны только тому правительству, которому они служатъ. Споренъ вопросъ кому они подсудны за преступленія совершаемыя противу подданныхъ и правительства державы, допустившей ихъ въ свои предѣлы. Если этотъ вопросъ не опредѣленъ трактатами, то надлежало бы допустить, что чужія войска подчиняются за эти преступленія совмѣстно и своимъ судамъ военнымъ и судилищамъ туземнымъ, смотря потому, которая изъ этихъ юрисдикцій предупредила другую началіемъ процесса.

2) *Дѣйствія уголовнаго закона по времени.* Законъ дѣлается для всѣхъ обязательнымъ съ момента его обнародованія. Съ тѣхъ только поръ прекращается возможность отговариваться тѣмъ, что по общественному сознанію выражающемуся въ законѣ, извѣстное злодѣяніе не считалось юридически преступнымъ. Бываетъ иногда, что при изданіи новаго кодекса, правительство особымъ постановленіемъ обозначаетъ срокъ съ котораго новый кодексъ долженъ быть примѣняемъ въ будущемъ судами. Законъ простирается на будущее, то есть на преступленія совершенныя послѣ его изданія, но можетъ ли онъ имѣть обратное дѣйствіе, то есть быть примѣняемъ къ преступленіямъ совершеннымъ до его изданія? При рѣшеніи этого вопроса надобно отличать законы судопроизводственные отъ чисто-уголовныхъ. Первые примѣняются и въ дѣлахъ возникшихъ до ихъ обнародованія, если только примѣненіе ихъ возможно безъ нарушенія чьихъ либо правъ. (Такъ напр. по старому закону подсудимый или истецъ X имѣетъ двухмѣсячный срокъ на подачу апелляціи; прошло 6 недѣль, въ теченіи коихъ онъ ее не подалъ; вдругъ выходитъ новый законъ, сокращающій срокъ на апелляцію съ двухъ мѣсяцевъ на одинъ; очевидно X, не смотря на новый законъ, долженъ пользоваться срокомъ полнымъ двухмѣсячнымъ на основаніи стараго закона). Что касается до собственно уголовныхъ законовъ, то принимается за общее правило, что они обратнаго дѣйствія не имѣютъ, но изъ этого общаго правила дѣлается исключеніе, совершенно справедливое, въ пользу подсудимаго, относительно новыхъ законовъ смягчающихъ наказаніе. Новые законы не могутъ имѣть вліянія на усиленіе наказанія, потому что преступленіе есть нарушеніе только того закона, который существовалъ во время совершенія преступленія. Но они должны влiять на смягченіе или даже и на отмѣну наказанія [1]), потому что, если по новому закону извѣстное дѣйствіе до сихъ поръ запрещаемое признано безвиннымъ или наказуемость его уменьшена, то это застав-

[1]) Всѣ почти законодательства положительныя и огромное большинство писателей въ этомъ пунктѣ согласны. Они приведены у Зеегера (Ueber die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze. 1862 г.). Изъ оспаривающихъ это правило писателей особенно замѣчателенъ Беккеръ, Theorie des heutigen deutschen Strafrechts. 1857 s. 194—124.

ляетъ предполагать, что взглядъ законодателя на преступленіе измѣнился. Несправедливо подвергать наказанію строжайшему за дѣяніе, которое уже не требуетъ по мнѣнію законодателя столь сильнаго противудѣйствія. Если смягченіе или отмѣна закона послѣдовали до произнесенія судами окончательнаго приговора, то новый болѣе кроткій законъ примѣняетъ самъ судъ, хотя бы дѣло находилось уже на разсмотрѣніи въ высшей инстанціи. Если новый законъ изданъ по воспослѣдованіи окончательнаго приговора, то такъ какъ постановленіемъ приговора истощилась дѣятельность суда, смягченіе или отмѣна наказанія могутъ быть совершены только, въ видѣ помилованія, верховною властью.

3) *Дѣйствіе уголовнаго закона по мѣсту.* Всякое государство имѣетъ двѣ матеріальныя основы: землю или территорію и народъ или подданныхъ. Посягательство на его общественный порядокъ можетъ быть совершено его собственными подданными или чужеземцами и на его собственной территоріи или и заграницею. Можетъ ли государство взыскивать со своихъ подданныхъ или даже и съ иностранцевъ за преступленія совершенныя заграницею? Обязано ли оно помогать другимъ державамъ въ отысканіи и наказаніи преступниковъ, совершившихъ преступленіе заграницею и потомъ сбѣжавшихъ? Возникаетъ цѣлый рядъ подобныхъ весьма спорныхъ вопросовъ, которымъ въ новѣйшее время отводится особенное мѣсто въ наукѣ международнаго права, подъ именемъ *права уголовнаго международнаго* [1]). Всѣ эти вопросы вращаются вокругъ двухъ принциповъ, которые могутъ быть употреблены для ихъ рѣшенія: начала территоріальности и начала личнаго подчиненія гражданъ уголовному закону ихъ отечества (Territorialitätsprincip und Subditionsprincip). Приверженцы перваго изъ этихъ принциповъ доказываютъ, что юрисдикція государства не идетъ дальше его матеріальныхъ предѣловъ, слѣдовательно государство не должно и заботиться о томъ что совершено заграницею. Это правило, если бы оно было строго соблюдаемо, имѣло бы результатомъ безнаказанность множества преступленій. Совершивъ преступленіе, преступнику достаточно было бы бѣжать въ чужой край, чтобы быть вполнѣ безопаснымъ; онъ могъ бы изъ заграницы наводнять свое отечество фальшивыми кредитными билетами или поддѣльными монетами, или убить кого нибудь изъ своихъ соотечественниковъ и возвратившись потомъ въ свое отечество, быть свободнымъ отъ всякаго судебнаго преслѣдованія. Изъ положительныхъ законодательствъ только великобританское и сѣверо-американское придерживаются почти исключительно принципа территоріальности, но и они принуждены отступать отъ этого принципа въ отношеніи

---

[1]) Лучшее новѣйшее сочиненіе по этому предмету *Bar*, Das internationale Privat- und Strafrecht. Hannover. 1862.

къ нѣкоторымъ особенно вреднымъ преступленіямъ (такъ напр. англійская практика наказываетъ за совершенныя великобританцами заграницею государственную измѣну, многобрачіе и смертоубійство); кромѣ того они приведены по логической необходимости къ тому, что выдаютъ не только иностранцевъ, но даже своихъ собственныхъ подданныхъ за преступленія заграницею совершенныя державамъ мѣста совершенія преступленія, чего не допускаютъ другія современныя законодательства, невыдающія ни въ какомъ случаѣ своихъ собственныхъ подданныхъ [1]). Приверженцы втораго принципа доказываютъ, что подчиненіе лица уголовному закону его отечества есть качество личное, которое лежитъ на подданномъ независимо отъ территоріи и которое присуще лицу, гдѣ бы это лицо ни обращалось. Лицо носитъ, такъ сказать, повсюду съ собою свое отечество, а слѣдовательно и отвѣчаетъ предъ нимъ, не смотря на мѣстопребываніе, за свои преступныя дѣянія, совершенныя противу своего отечества или даже и противу иностранныхъ державъ. Исключительное употребленіе принципа личнаго подчиненія ведетъ точно также, какъ и исключительное примѣненіе принципа территоріальности, къ очевиднымъ несообразностямъ. Неужели подданный обязанъ исполнять заграницею даже всѣ полицейскія постановленія своего отечества? Неужели съ подданнаго можно взыскивать за дѣяніе, совершенное за границею, въ странѣ, гдѣ оно дозволялось или даже и предписывалось мѣстнымъ закономъ и, можетъ быть, было въ порядкѣ нравовъ? Оба принципа территоріальности и личнаго подчиненія должны быть уравновѣшены и согласованы, съ отведеніемъ каждому изъ нихъ приличнаго мѣста въ системѣ уголовной. Согласованіе ихъ должно быть основано на точномъ анализѣ всевозможныхъ столкновеній между законодательствами уголовными различныхъ государствъ. При этомъ анализѣ слѣдуетъ прежде всего отдѣлить коренныхъ подданныхъ государства отъ временныхъ подданныхъ или иностранцевъ.

А) *Коренные подданные* могутъ совершать преступленія или внутри предѣловъ своего отечества или заграницею.

а) *Преступленія коренныхъ подданныхъ государства совершаемыя на его территоріи* подходятъ подъ его же уголовный законъ. На этотъ счетъ не можетъ быть никакого сомнѣнія, ни спору, будемъ ли мы употреблять начало личнаго подчиненія или начало территоріальности, потому что въ настоящемъ случаѣ законъ отечества преступника есть вмѣстѣ съ тѣмъ территоріальный законъ мѣста совершенія преступленія. Подъ словомъ территорія разумѣются не только почва государства и его колоній, но

---

[1]) *G. Corwall Lewis.* On foreign jurisdiction and the extradition of criminals. См. также Merchant Shipping Act 1854 года. Изъ защитниковъ исключительнаго принципа территоріальности особенно замѣчателенъ *Koestlin*, System des deutschen Strafrechts. 1855. § 23.

и моря его территоріальныя и береговыя, т. е. извѣстныя части моря, исключительно государству принадлежащія, наконецъ на открытомъ морѣ корабли, плавающіе подъ его флагомъ, какъ военные такъ и купеческіе. Преступники отвѣчаютъ предъ своимъ закономъ и судомъ за всѣ въ законѣ обозначенныя посягательства на свое государство, его правительство, его подданныхъ и всѣ вообще лица находящіяся на территоріи этого государства, но они не отвѣчаютъ за посягательства на права иностранной державы, совершенныя на ихъ отечественной территоріи, развѣ такія посягательства запрещены именно законами уголовными ихъ отечества. Важнѣйшія изъ международныхъ преступленій внесены теперь большею частью въ кодексы мѣстные уголовные каждаго государства, такъ напримѣръ Россія наказываетъ за поддѣлку иностранной монеты и иностранныхъ кредитныхъ знаковъ (Уложеніе о нак. ст. 610 и 629), тоже дѣлаютъ и другія державы. Но если бы какое нибудь изъ весьма непріязненныхъ нападеній на чужое государство не было упомянуто въ законѣ уголовномъ туземномъ, то при нынѣшнемъ состояніи международнаго права, основанномъ на слабой еще связи между государствами, виновный не подлежитъ за это дѣйствіе уголовной отвѣтственности въ своемъ отечествѣ. Онъ не будетъ наказанъ своимъ отечествомъ потому, что онъ не нарушилъ закона положительнаго отечественнаго, совокупность же государствъ современныхъ еще не сложилась въ такой организмъ, который бы обладалъ своими особыми, во всѣхъ государствахъ уважаемыми и для всѣхъ обязательными законами уголовными международными.

b) *Преступленія коренныхъ подданныхъ государства, совершенныя за границею*, влекутъ за собою различныя уголовныя послѣдствія, смотря потому противу, кого они были направлены. Надобно различать два случая:

аа) Если объектомъ преступленія было отечество преступника или его соотечественники, то по возвращеніи въ свое отечество, за это преступленіе онъ долженъ быть наказанъ по своимъ отечественнымъ законамъ. Это правило признается огромнымъ большинствомъ писателей, на томъ основаніи, что законъ уголовный отечества не перестаетъ обязывать подданнаго заграницею. Его принимаютъ почти всѣ законодательства положительныя, одни безусловно, другія съ нѣкоторыми ограниченіями. Такъ французскій Code d'instr. crim. преслѣдуетъ только за одни тягчайшія злодѣянія, *crimes*, совершенныя заграницею, некасаясь *délits* и *contraventions* (*art.* 5, 6, 7). Такъ прусскій кодексъ 1851 г. (§ 4) наказываетъ только за болѣе тяжкія преступленія: *Verbrechen* и *Vergehen*, но не за полицейскіе проступки *Uebertretungen*, совершаемые заграницею. Эти ограниченія чинятся только ради практическихъ удобствъ, во избѣжаніе множества мелкихъ ничтожныхъ процессовъ о маловаж-

ныхъ преступленіяхъ, процессовъ которые не содѣйствуя утвержденію правосостоянія, затруднили бы только правосудіе. Но имъ можно бы дать слѣдующее теоретическое основаніе. Дѣянія запрещаемыя закономъ дѣлятся на преступленія уголовныя и полицейскіе проступки. Первыя состоятъ въ нарушеніи чьихъ либо-правъ, вторые не содержатъ въ себѣ правонарушеній, но располагаютъ къ нимъ, и потому воспрещены подъ страхомъ наказанія. Это дѣленіе будетъ изложено подробнѣе въ главѣ о преступленіи). Собственно отвѣтственность подданнаго передъ закономъ его отечественнымъ за дѣянія совершенныя заграницею должна бы ограничиваться уголовными преступленіями, а не полицейскими проступками, имѣющими по большей части чисто мѣстный характеръ, а потому непреслѣдуемыми заграницею. Съ преступника взыскивается по его отечественнымъ законамъ, а не по законамъ мѣста совершенія преступленія, потому что дѣйствіе его содержитъ посягательство на отечественный, а не на чужеземный общественный порядокъ. Слѣдующее ему наказаніе можетъ быть съ него сложено или уменьшено въ случаѣ, если до возвращенія въ свое отечество, онъ уже подвергнутъ былъ за свое преступленіе наказанію государствомъ на чьей территоріи онъ его совершилъ (напр. французъ въ Пруссіи убилъ другаго француза, за что прусскіе суды наказали его до возвращенія его во Францію). Такъ какъ никто не долженъ быть дважды за одно и тоже дѣяніе наказанъ по юридической аксіомѣ *ne bis in idem*, то понесшему наказаніе за преступленіе противу своего отечества и возвращающемуся изъ заграницы преступнику должно быть зачтено то наказаніе которое онъ понесъ (Прусскій кодексъ 1851 г. § 4). Если это наказаніе было слишкомъ слабое, суды отечественные могутъ приговорить его къ наказанію добавочному, равняющемуся разницѣ между тѣмъ которое онъ понесъ и тѣмъ которое ему грозитъ по отечественнымъ законамъ. (Саксон. кодексъ 1855 г. § 9. Баварскій кодексъ 1861 г. § 139. Австрійскій кодексъ 1852 г. § 36). Такъ какъ законы одного государства необязательны въ предѣлахъ другаго, то отечество преступника необязано исполнять воспослѣдовавшихъ о немъ приговоровъ уголовныхъ иностранныхъ; но оно можетъ подвергнуть его суду за дѣйствіе, по которому онъ былъ за границею отъ суда освобожденъ, и наказать его, хотя бы онъ былъ заграницею помилованъ [1]).

bb) Если объектомъ преступленія было государство иностранное, гдѣ проживалъ преступникъ или его подданные (напр. X французъ, пребывая въ Россіи, совершилъ преступленіе противу Россіи или убилъ кого

---

[1]) Вопросъ о помилованіи споренъ. Кодексы прусскій 1851 г. (§ 4) и виртембергскій 1839 г. (§ 4) не наказываютъ туземца за преступленіе совершенное заграницею и погашенное помилованіемъ державы иностранной, за исключеніемъ измѣны противу отечества, оскорбленія величества или поддѣлки отечественныхъ монетъ.

нибудь изъ русскихъ и бѣжалъ потомъ во Францію, которой уголовныхъ законовъ онъ не нарушилъ), то возникаетъ вопросъ, какъ должно поступить съ преступникомъ правительство его отечественное? Обязано ли оно исполнить надъ нимъ иностранный уголовный приговоръ, изгнать его, выдать его иностранной державѣ предъявившей искъ или само его наказать? Этотъ вопросъ рѣшается самымъ разнообразнымъ образомъ законодательствами положительными. Франція не выдаетъ и не наказываетъ своихъ подданныхъ за подобнаго рода преступленія [1]), Англія и соединенные Сѣверо-Американскіе Штаты, придерживаясь строго принципа территоріальности, выдаютъ своихъ поданныхъ на казнь державамъ мѣста совершенія преступленія [2]); почти всѣ нѣмецкія державы не выдаютъ своихъ подданныхъ, но наказываютъ ихъ сами за преступленія, совершенныя за границею. (Австрійскій кодексъ 1852 г. § 36. Прусскій 1851 г. § 3. Кодексы Гессенъ-Дармштадтскій, Саксонскій, Брауншвейскій и многіе другіе). Наказуемость преступленій совершаемыхъ подданными за границею противу иностранныхъ державъ, не можетъ быть выведена изъ началъ государственнаго права, потому что требованія государственнаго порядка ограничиваются тѣмъ, чтобы преступники караемы были за посягательства на права ему самому принадлежащія, чего нѣтъ въ настоящемъ случаѣ. Но эта наказуемость можетъ быть выведена изъ началъ права международнаго, которое еще въ зародышѣ, но вырабатывается быстро, при все болѣе и болѣе усложняющихся сношеніяхъ народовъ между собою. Государства соприкасаются другъ съ другомъ во многихъ пунктахъ, по многимъ дѣламъ; будучи всѣ построены на началѣ справедливости, они имѣютъ общій интересъ въ томъ, чтобы тяжкія преступленія не оставались безъ взысканія. Если бы какая нибудь держава отказалась взыскивать со своихъ подданныхъ за преступленія, совершаемыя ими заграницею, то иностранныя державы могли бы отплатить ей взаимностью, а эта взаимность для обѣихъ сторонъ была бы вредна и опасна.

Круговая обязанность государствъ помогать себѣ взаимно при взысканіи съ злодѣевъ, можетъ относиться впрочемъ только до дѣяній очевидно преступныхъ, то есть считаемыхъ таковыми повсемѣстно, у всѣхъ образованныхъ народовъ, но она не относится до дѣяній признаваемыхъ преступными только нѣкоторыми государствами, вслѣдствіе особенностей ихъ историческаго развитія или ихъ политическаго устройства. (На этомъ основаніи можно бы подраздѣлить преступленія на *delicta juris gentium* и *delicta juris civilis*, хотя это дѣленіе чисто теоретическое не имѣетъ теперь никакого примѣненія на практикѣ). И такъ само оте-

---

[1]) *T. Hélie*, Traité de l'instruction criminelle. T. II. p. 668—677.

[2]) *Bar.* S. 600—601.

чество преступника не берется, по собственному своему начинанію, взыскивать за преступленія своихъ подданныхъ противу иностранной державы мѣста совершенія преступленія, но по иску, предъявленному этою державою, оно обязано дать ей удовлетвореніе. Въ чемъ же можетъ состоять это удовлетвореніе? Никакое государство необязано исполнять состоявшіеся за границею приговоры иностранныхъ судовъ. Оно не можетъ употреблять изгнанія, потому что изгнаніе изъ отечества (примѣняемое нынѣ весьма рѣдко) есть мѣра, которой не долженъ быть подвергаемъ никто, развѣ въ смыслѣ наказанія и по суду, а не по взведенному только на него обвиненію иностранною державою, которой юрисдикція и приговоръ для отечества преступника необязательны. Государства современныя (исключая только Великобританію и Сѣверо-Американскіе Штаты), не выдаютъ своихъ провинившихся за границею подданныхъ иностраннымъ державамъ, считая подобную выдачу унизительною и несовмѣстною съ обязанностью опеки въ отношеніи къ своимъ подданнымъ, и защиты ихъ отъ всякихъ взысканій, превышающихъ мѣру ихъ вины. Обязанность государства выдавать своихъ подданныхъ не можетъ быть выведена изъ существа международныхъ отношеній, и могла бы основываться развѣ только на практикѣ, впрочемъ въ практикѣ современной международной, непринято заключать подобнаго рода трактаты. Но государство и безъ всякихъ трактатовъ обязано само своего подданнаго наказать по требованію иностранной державы, на чьей территоріи онъ совершилъ преступленіе. Спрашивается: по какому закону уголовному долженъ быть наказанъ этотъ преступникъ? Не подлежитъ сомнѣнію, что подданный совершившій преступленіе за границею противу иностранной державы гдѣ онъ жилъ, нарушилъ положительный уголовный законъ той державы, но если по закону уголовному его отечества наказаніе за это преступленіе слабѣе, то достаточно примѣнить къ нему это слабѣйшее наказаніе, какъ соразмѣрное съ его виною по убѣжденіямъ государства судящаго; взыскивать съ него свыше того было бы несправедливо. И такъ при судѣ о преступленіяхъ совершенныхъ подданнымъ въ другой державѣ противу нея, туземный судъ долженъ принять въ соображеніе два закона: законъ мѣста совершенія преступленія и законъ отечества преступника и примѣнить тотъ изъ нихъ, который грозитъ болѣе легкимъ наказаніемъ. (Кодексъ Баденскій 1845 г. § 4; Ганноверскій 1840 г. § 2 [1]).

В) *Иностранцы* на чужой территоріи превращаются во временныхъ подданныхъ своего мѣстопребыванія, подчиняются его уголовнымъ законамъ, на основаніи этихъ законовъ должны быть судимы и наказы-

---

[1]) Это начало спорное. Австрія и Пруссія не обращаютъ никакого вниманія на законъ иностранный, хотя бы онъ былъ слабѣе отечественнаго.

ваемы. Изъятія изъ этого правила допускаются только на основаніи трактатовъ и существуютъ только на востокѣ. Важнѣйшія европейскія державы обеспечили трактатами съ восточными державами для своихъ подданныхъ право подлежать за совершаемыя на востокѣ преступленія только суду отечественныхъ дипломатическихъ агентовъ и только по отечественнымъ уголовнымъ законамъ.

Но можетъ ли иностранецъ быть судимъ иностраннымъ государствомъ за преступленіе, совершенное внѣ его предѣловъ, противу этого иностраннаго государства или его подданныхъ? (напр. французъ X во время пребыванія своего во Франціи или въ Англіи, убилъ пруссака и потомъ достался какимъ нибудь образомъ въ руки прусскаго правительства; можетъ ли это правительство наказать его или нѣтъ?) На этотъ вопросъ надобно вообще отвѣчать отрицательно. Виновникъ неподсуденъ государству, простирающему къ нему притязанія, ни по мѣсту совершенія преступленія ни по личнымъ своимъ качествамъ. Его надлежащіе судьи суть государство, гдѣ онъ совершилъ преступленіе или его отечество, если же они его не наказали, то государство, чьи права или чьихъ подданныхъ права онъ нарушилъ, пользуется въ отношеніи къ нему правомъ самообороны и можетъ поступить съ нимъ какъ съ врагомъ (jure belli). Оно можетъ не допустить его на свою территорію, изгнать его, или даже и подвергнуть его дѣйствію своихъ уголовныхъ законовъ, что и бываетъ часто на практикѣ, но въ такихъ случаяхъ дѣйствія государства имѣютъ только внѣшнюю форму правосудія уголовнаго, о настоящемъ же правосудіи неможетъ быть и рѣчи. Иностранецъ неподсуденъ казнящему его государству, которое въ отношеніи къ нему и сторона и судья. Законодательства положительныя расходятся значительно при рѣшеніи настоящаго вопроса. Англійское не наказываетъ вовсе иностранцевъ за подобныя преступленія, многіе кодексы мелкихъ нѣмецкихъ государствъ наказываютъ иностранцевъ за всѣ противу этихъ государствъ совершенныя за границею преступленія. Австрійскій кодексъ 1852 г. (§ 38) — сардинскій 1839 г., прусскій 1851 г. (§ 49) и французскій code d'instr. crim. (§ 6) допускаютъ возможность наказанія иностранцевъ только за нѣкоторыя, прямо противу правительства и правъ казны направленныя и за границею совершенныя преступленія, какъ-то: за государственную измѣну, оскорбленіе величества и поддѣлку монеты или кредитныхъ знаковъ [1]).

Наконецъ представляется еще вопросъ: какъ рѣшить случай, когда

---

[1]) Австрійскій и сардинскій кодексы гласятъ, что иностранецъ долженъ быть за подобныя преступленія наказанъ,—французскій и прусскій кодексы гласятъ, что иностранецъ можетъ быть наказанъ за означенныя преступленія. Остальныя преступленія ненаказуемы, хотя бы объектами ихъ были подданные австрійскіе, сардинскіе, французскіе, прусскіе.

иностранецъ совершивъ преступленіе въ своемъ отечествѣ или въ другомъ государствѣ, убѣжитъ потомъ въ третье? Обязано ли это третье государство изгнать его изъ своихъ владѣній, наказать его или выдать? (напр. французъ совершилъ во Франціи убійство и бѣжалъ въ Пруссію; или французъ въ Бельгіи совершилъ подлогъ и бѣжалъ въ Пруссію; что обязана сдѣлать съ нимъ Пруссія по иску Франціи или Бельгіи?) Никакое государство не должно открывать у себя притонъ для иностранныхъ злодѣевъ, привлекать ихъ къ себѣ отовсюду приманкою безнаказанности. Оно можетъ не допустить ихъ на свою территорію или изгнать, но эти мѣры по малой репрессивности своей, не соотвѣтствуютъ требованіямъ международныхъ отношеній, тѣсной связи современныхъ государствъ. Государство само, куда бѣжалъ иностранецъ, могло бы его судить по своему на томъ основаніи, что своимъ вступленіемъ въ его предѣлы этотъ иностранецъ обнаружилъ, что онъ отдаетъ предпочтеніе его законамъ предъ законами преслѣдующей его державы; впрочемъ на практикѣ подобный образъ дѣйствія почти не примѣнимъ, потому что въ государствѣ куда бѣжалъ преступникъ, нѣтъ обыкновенно тѣхъ данныхъ, которыя могли бы служить слѣдами преступленія и доказательствами вины. Самый практическій способъ рѣшенія этого вопроса состоитъ въ выдачѣ бѣглеца иностранца государству мѣста совершенія преступленія или его отечеству, по ихъ иску и требованію. Подобная выдача дѣлалась сначала только на основаніи трактатовъ. Эти трактаты стали въ XIX столѣтіи столь многочисленны и часты, что размѣнъ преступниковъ по началу взаимности вошелъ въ обычай между державами, даже и при отсутствіи трактатовъ. До сихъ поръ не доказано однако, чтобы выдача преступниковъ на основаніи трактатовъ, чинимая изъ угодливости дипломатической въ видахъ общей пользы, составляла юридическую международную обязанность; притомъ эта выдача подлежитъ нѣкоторымъ весьма важнымъ ограниченіямъ. Она относится только къ самымъ тяжкимъ преступленіямъ, признаваемымъ таковыми повсемѣстно (т. е. къ такъ называемымъ delicta juris gentium). Обыкновенно эти преступленія исчисляются подробно въ трактатахъ о выдачѣ. Притомъ въ практикѣ международной современной, не принято выдавать себѣ взаимно преступниковъ политическихъ [1]. Разнообразіе политическихъ учрежденій, ихъ неустойчивость въ современныхъ государствахъ, частое происхожденіе политическихъ переворотовъ, вслѣдствіе которыхъ партіи угнетаемыя дѣлаются господствующими и сами въ свою

[1] Здѣсь разумѣются преступники политическіе въ тѣсномъ смыслѣ слова, т. е. тѣ, коихъ дѣйствія клонились къ насильственному какому нибудь перевороту въ государствѣ и его учрежденіяхъ. Преступленій политическихъ не надо смѣшивать съ преступленіями противу государства вообще, такъ напр. кассиръ бѣжавшій съ казенными деньгами не долженъ считаться преступникомъ политическимъ.

очередь преслѣдуютъ своихъ противниковъ — всѣ эти обстоятельства дѣлаютъ вопросъ о нравственной винѣ политическаго бѣглеца крайне труднымъ къ рѣшенію, безъ убѣжденія же внутренняго о наличности вины, никакое государство не должно выдавать на казнь человѣка, прибѣгнувшаго къ покровительству его законовъ. Новѣйшіе трактаты или умалчиваютъ о политическихъ преступникахъ или положительно говорятъ о невыдаваніи ихъ другъ другу [1]). Когда въ 1860 г. саксонское правительство выдало Австріи графа Владислава Телеки, то этотъ ея поступокъ былъ сильно порицаемъ общественнымъ мнѣніемъ Европы, какъ недостойный самостоятельнаго государства.

---

[1]) Къ послѣднему разряду принадлежатъ трактаты Ганновера съ Франціею 13 марта 1855 г., Пруссіи съ Бельгіею 29 іюля 1836 г., Ганновера съ Бельгіею 20 октября 1845 г., Пруссіи съ Франціею 21 іюня 1845 г., Пруссіи съ Нидерландами 17 ноября 1850 г. Въ 1833 г. 8 сентября заключена была конвенція между Россіею, Австріею и Пруссіею о выдачѣ взаимной преступниковъ политическихъ, но она объясняется тѣмъ, что всѣ три державы вооружались въ то время противу предугадываемой ими общей опасности со стороны непріязненнаго въ отношеніи ко всѣмъ имъ національнаго движенія.

ГЛАВА III.

ПРЕСТУПЛЕНІЕ.

Мы пришли къ самому важному въ уголовномъ правѣ предмету. Вся наука уголовнаго права только и занимается однимъ — преступленіемъ. Изъ понятія о преступленіи вытекаетъ понятіе наказанія, какъ его логически необходимое послѣдствіе. Все затѣмъ остальное въ наукѣ уголовной есть только дальнѣйшее развитіе и дополненіе этихъ двухъ понятій въ области юридической. Дѣленіе этой главы будетъ слѣдующее: сначала опредѣлимъ преступленіе, потомъ обозначимъ его дѣленія на виды, наконецъ изложимъ ученіе о составѣ преступленія.

ОТДѢЛЕНІЕ I.

Опредѣленіе преступленія.

§ 34. Преступленіе опредѣляется практически въ общежитіи слѣдующимъ образомъ: оно есть *дѣяніе запрещаемое закономъ подъ страхомъ наказанія*, иными словами, оно есть нарушеніе закона уголовнаго. Достоинство этого опредѣленія заключается въ его простотѣ. Всякій знаетъ что такое законъ уголовный и что такое наказаніе. Всякій убѣждается, что онъ можетъ быть наказанъ только по закону и что во всѣхъ неопредѣленныхъ закономъ уголовнымъ отношеніяхъ, онъ можетъ дѣйствовать съ полною свободою. Но это опредѣленіе достаточное для гражданина и для юриста-практика, недостаточно для науки. Она требуетъ опредѣленія предмета по существу, а наказуемость преступле-

нія есть его признакъ болѣе внѣшній, случайный. Преступленіе потому наказуемо, что несовмѣстно съ общественнымъ порядкомъ: гораздо раньше запрещенія его законодателемъ, оно сознается многими, какъ явленіе несовмѣстное съ общественнымъ порядкомъ. Законодатель можетъ снять не впопадъ свое запрещеніе и освободить извѣстное преступленіе отъ наказанія, не смотря на то оно не потеряетъ свойства вредно дѣйствовать на организмъ общественный. Законодатель можетъ и невинное дѣйствіе превратить искуственно въ преступленіе, не смотря на то общественная совѣсть, протестуя, будетъ считать это дѣяніе безвиннымъ по прежнему. Наконецъ съ точки зрѣнія законодателя, создающаго законъ уголовный, настоящее практическое опредѣленіе не имѣетъ никакого значенія: законодатель долженъ прежде убѣдиться въ томъ, что извѣстное дѣйствіе несовмѣстно съ общежитіемъ и потомъ уже его запретить.

Преступленію можно дать другое опредѣленіе — теоретическое. Оно есть *противузаконное посягательство на чье либо право, столь существенное, что государство, считая это право однимъ изъ необходимыхъ условій общежитія, при недостаточности другихъ средствъ охранительныхъ, ограждаетъ не нарушимость его наказаніемъ.*

Сдѣлаемъ анализъ этого опредѣленія. Первая въ немъ черта есть *противузаконность* преступнаго дѣянія. Если по какой либо причинѣ законъ снялъ это качество съ дѣянія, то оно тѣмъ самымъ превратилось въ юридически непреступное (напр. при необходимой оборонѣ). Это преступное дѣяніе должно содержать въ себѣ *посягательство* на извѣстныя общественныя отношенія. Мы выбрали слово *посягательство* а не *нарушеніе*, потому что первое изъ этихъ понятій шире послѣдняго; оно содержитъ въ себѣ и совершенныя правонарушенія, и покушенія на правонарушенія, и даже приготовленія къ правонарушеніямъ. Такъ какъ главный элементъ въ преступленіи не дѣло, а воля, то не дожидаясь совершенія, государство противудѣйствуетъ преступленію уголовными мѣрами съ самаго начала исполненія преступнаго намѣренія. Преступленіе есть посягательство на *чье либо право*, а такъ какъ всякому праву въ одномъ лицѣ соотвѣтствуетъ извѣстная обязанность въ другихъ лицахъ, то преступленіе можно бы иначе назвать: *отрицаніемъ извѣстной обязанности.* Юридическое право и юридическая обязанность предполагаютъ всегда отношеніе между двумя, по крайней мѣрѣ, лицами. Существуютъ обязанности и въ отношеніи къ самому себѣ, но обязанности чисто нравственныя, которыхъ охранителемъ не можетъ быть законъ положительный. Право можетъ принадлежать только лицу единичному или собирательному. Если мы въ кодексахъ встрѣчаемъ преступленія не противу лицъ, но противу отвлеченныхъ понятій (нравственности, религіи), то это суть неправильности и уклоненія отъ ко-

ренныхъ основаній уголовнаго права, которыя доказываютъ только трудность осуществленія въ жизни дѣйствительной принциповъ юридическихъ во всей ихъ полнотѣ. Право, на которое посягаетъ преступникъ должно быть столь необходимо для общежитія, что при невозможности охранять его другими средствами, государство ограждаетъ ненарушимость его наказаніемъ. Наказаніе есть самая крайняя мѣра, къ которой государство только тогда прибѣгаетъ, когда всѣ другія менѣе насильственныя средства недостаточны, а эти другія средства заключаются въ силѣ общественнаго мнѣнія, въ такихъ учрежденіяхъ, при существованіи которыхъ общественное мнѣніе можетъ всего сильнѣе дѣйствовать и безпрепятственно выражаться, въ дисциплинарной власти семьи, церкви, школы, сословія надъ своими членами, въ мѣрахъ гражданскихъ взысканій, наконецъ въ мѣрахъ предупредительной полиціи. Какъ въ жизни дѣйствительной, такъ и въ правѣ, которое есть снимокъ съ жизни дѣйствительной, не отдѣляются совершенно точно одна способность отъ другой, одно отправленіе отъ другаго, одна область бытовая отъ другой. Онѣ сливаются почти незамѣтно, неразграничиваясь острыми контурами, которые бы имѣли свойства математическихъ линій. Нѣтъ противуположностей безъ переходовъ, нѣтъ абсолютныхъ принциповъ безъ исключеній, нѣтъ раздѣльныхъ областей безъ взаимнодѣйствія однихъ на другихъ и безъ связующихъ ихъ переходныхъ формъ. И такъ например, хотя отдѣленіе суда отъ администраціи есть одинъ изъ самыхъ коренныхъ принциповъ государственнаго права, но ни въ одномъ изъ государственныхъ организмовъ не осуществленъ этотъ принципъ во всей полнотѣ, безъ изъятій. Хотя принято за общее правило, что уголовная власть въ государствѣ принадлежитъ только правительству, но изъ этого правила законодательство должно дѣлать исключенія и уступки въ пользу частныхъ лицъ (необходимая оборона) и въ пользу отдѣльныхъ группъ общественныхъ (дисциплинарная власть семьи, сословія, церкви, школы). Хотя въ теоріи можно весьма хорошо отдѣлить по ихъ кореннымъ принципамъ правосудіе уголовное отъ гражданскаго и мѣры гражданскихъ отъ мѣръ уголовныхъ взысканій, но на практикѣ переходъ отъ однихъ къ другимъ стушеванъ и есть мѣры, которыя, стоя на пограничьи, могутъ быть отнесены къ той или другой отрасли дѣятельности верховной власти. Главное назначеніе гражданскаго правосудія состоитъ въ возстановленіи нарушеннаго незаконнымъ дѣйствіемъ равновѣсія въ области экономической, взысканіемъ эквивалента за причиненный ущербъ, но и мѣры гражданскихъ взысканій приводятся въ крайнемъ случаѣ къ средству собственно уголовному, немогущему служить эквивалентомъ за причиненный матеріальный ущербъ — къ аресту за долги. Съ другой стороны характеристику уголовныхъ преступленій составляетъ то, что содержа въ себѣ посягательство на цѣлый общественный порядокъ, они

преслѣдуются обществомъ, независимо отъ воли пострадавшихъ отъ нихъ лицъ. Однако есть преступленія уголовныя столь мало потрясающія общественный порядокъ, что государство начинаетъ имъ противудѣйствовать не иначе, какъ по жалобѣ пострадавшаго лица.

Еще невозможнѣе разграничить математически уголовное правосудіе и полицію предупредительную. Назначеніе полиціи предупреждать преступленія, не допуская до ихъ совершенія, но государство не въ состояніи имѣть за всѣми членами общества столь бдительный надзоръ, что бы слѣдить за каждымъ ихъ дѣйствіемъ. Вотъ почему въ обществахъ, въ которыхъ сколько нибудь развита идея личности, государство предпочитаетъ уголовную репрессію превенціи полицейской, да и сама превенція облекается въ уголовныя формы. Возникаетъ цѣлый рядъ *полицейскихъ преступленій*; такъ называются дѣянія, которыя не содержа въ себѣ еще никакого положительнаго правонарушенія, ведутъ однако къ правонарушеніямъ, располагаютъ къ нимъ, подаютъ къ нимъ поводъ и которыя по этому воспрещаются; этотъ запретъ поддерживается угрозою наказанія, а это наказаніе обыкновенно примѣняютъ къ преступнику тѣ же самые суды, которые установлены для противудѣйствія настоящимъ уголовнымъ преступленіямъ (напр. ношеніе оружія, сходбища, нарушеніе карантинныхъ правилъ, даже выдѣлка фальшивой монеты или заготовленіе яда). Такихъ полицейскихъ запретовъ весьма много; они кусокъ полиціи вставленный въ уголовное право; ими переполнены новѣйшіе кодексы. Безъ нихъ нельзя обойтись, но нельзя не желать чтобы число ихъ поуменьшилось, потому что густая сѣть ихъ опутывая лицо со всѣхъ сторонъ, стѣсняетъ, иногда безполезно, свободу его движеній. Отъ каждаго подобнаго полицейскаго преступленія требуются два условія: a) чтобы оно было весьма точнымъ образомъ опредѣлено въ законѣ и b) чтобы оно содержало въ себѣ дѣйствительную возможность правонарушенія, чтобы оно давало прямо поводъ къ правонарушенію, иными словами, чтобы оно само по себѣ было опасно.

ОТДѢЛЕНІЕ II.

Виды преступленій.

§ 35. Дѣленія преступленій на виды основываются отчасти на самомъ существѣ преступленія, отчасти возникли и образовались вслѣдствіе причинъ преходящихъ, историческихъ; иныя изъ нихъ имѣютъ значеніе только процессуальное. Ихъ весьма много; ограничимся только важнѣйшими.

По источникамъ уголовнаго права, римляне дѣлили преступленія на *delicta juris gentium* или дѣянія считаемыя преступными по всеобщему сознанію всѣхъ образованныхъ народовъ (Ulpianus I. 42 D. de verb. sign. quaedam natura turpia — Cic. in Verr. I, 42 quae sua sponte scelerata atque nefaria est, ut etiamsi lex non esset magnopere vitanda foret) и на *delicta juris civilis* или дѣянія признаваемыя преступными только положительными законами того или другаго государства (Ulp. l. c. probra quaedam civiliter et more civitatis). Мысль на которой основано это дѣленіе въ сущности вѣрна и послужитъ вѣроятно за точку отправленія уголовному международному праву будущаго времени. Трактаты, обычай, наука, опредѣлятъ вѣроятно въ будущемъ кругъ преступленій *всенародныхъ* (delicta juris gentium), которыя государства согласятся преслѣдовать общими силами по ихъ признанной и несомнѣнной общевредности; остальныя преступленія будутъ преслѣдуемы каждымъ государствомъ порознь, безъ разсчета на содѣйствіе со стороны другихъ державъ.

По *связи* своей *съ личными качествами* виновника, преступленія дѣлятся на *общія* (communia) и *особенныя* (propria). Первыя могутъ быть совершаемы всякимъ (разбой, кража, подлогъ), другія только лицами, поставленными въ особенныя по званію своему или состоянію отношенія къ государству (напр., лихоимство или превышеніе власти можетъ быть совершено только должностнымъ лицомъ, преступленіе противу военной дисциплины только военнымъ).

По своему *предмету*, преступленія бываютъ противъ частныхъ лицъ, семейства, общества, государства. Къ преступленіямъ противу общества можно причислить преступленія противу общественной нравственности и противу церкви. Преступленія противу государства подраздѣляются на общія или политическія въ тѣсномъ смыслѣ и на преступленія противу отдѣльныхъ отраслей государственнаго управленія (противу властей правительства: судебной, полицейской, противу правъ казны).

По *внѣшней формѣ* преступленія могутъ быть положительныя, состоящія въ учиненіи чего нибудь запрещеннаго закономъ (commissio) и отрицательныя, состоящія въ упущеніи того, что долженъ былъ сдѣлать преступникъ (omissio).

По своимъ *результатамъ* преступленія дѣлятся на оставляющія вещественные слѣды въ мірѣ внѣшнемъ (delicta facti permanentis — напр. убійство, поджогъ, подлогъ) и неоставляющія таковыхъ слѣдовъ (delicta facti transeuntis, наприм. обманъ, обида устная).

По праву *всчинанія иска* преступленія бываютъ уголовно-общественныя и уголовно-частныя (D. publica et privata), смотря по тому преслѣдуются ли они правительственными органами помимо постра-

давшихъ, или исключительно только по жалобамъ пострадавшихъ отъ нихъ лицъ.

Самыя многочисленныя дѣленія преступленій въ кодексахъ основываются на тяжести и величинѣ наказанія. Такъ у римлянъ употреблялось дѣленіе преступленій на *delicta capitalia et non capitalia*, изъ коихъ первыя влекли за собою тягчайшія наказанія: смертную казнь, servitutem poenae и deportationem (l. 28 pr. D. de poen.); за вторыя виновный подвергаемъ былъ болѣе легкимъ наказаніямъ. На тяжести наказанія основано англійское дѣленіе преступленій на *felonies* и *misdemeanors*.

Австрійскій кодексъ 1852 г. употребляетъ двухчленное дѣленіе на *Verbrechen*, влекущія за собою смертную казнь или каторжныя работы (Kerker) и *Vergehen und Uebertretungen*, влекущія за собою болѣе легкія наказанія. Самое употребительное изъ этихъ дѣленій, которое пріобрѣло огромную извѣстность и усвоено было множествомъ законодательствъ, есть трехчленное французское дѣленіе на *crimes*, *délits et contraventions* (C. p. art 1). *Contraventions* можно бы назвать въ переводѣ *проступками*; это противузаконныя дѣянія, угрожаемыя штрафомъ до 15 франковъ или арестомъ до 15 дней (C. p. 1810 art. 465, 466); *délits* можно бы назвать *преступленіями*; они влекутъ за собою штрафъ свыше 15 франковъ или заключеніе отъ 5 дней до пяти лѣтъ (C. p. art. 9 и 40). Наконецъ *crimes* можно бы перевести словомъ *злодѣянія* [1]); они влекутъ за собою болѣе продолжительное лишеніе свободы или изгнаніе или смертную казнь и сопровождаются обезчещеніемъ преступника, (C. p. art. 6, 7, 8). Много было толковъ объ этомъ дѣленіи. Были ученые, которые доказывали его неестественность, нелогичность (Rossi) [2]). Въ логическомъ порядкѣ мышленія, преступленіе предшествуетъ наказанію и опредѣляетъ его, но не на оборотъ. Это возраженіе неосновательно. Законодатель начинаетъ съ того, что по преступленіямъ полагаетъ наказанія, но опредѣливъ наказанія по преступленіямъ, онъ можетъ разсортировать преступленія по ихъ наказуемости. Эта классификація въ высшей степени практична и весьма полезна въ процессуальномъ отношеніи, потому что на ней основана вся система подсудности уголовной. Проступки судятся низшими судами

---

[1]) Въ новѣйшихъ законодательныхъ проектахъ, предполагающихъ усвоить французское трехчленное дѣленіе преступленій, принята другая терминологія. *Crimes*, *délits* и *contraventions* переводятся словами: преступленія, проступки и нарушенія.

[2]) Traité de dr. pénal. La division des actes punissables en crimes, délits et contraventions revèle à elle seule l'ésprit du code et du législateur. C'est dire au public: ne vous embarassez pas d'êxaminer la nature intrinsèque des actions humaines; regardez le pouvoir: faut-il couper la tête à un homme, concluez en que cet homme est un grand scélerat. Il y a là un tel mépris de l'espèce humaine, une telle prétention au despotisme en tout, même en morale, qu'on pourrait sans trop hasarder, juger de l'ésprit du code entier par la lecture de l'art. 1.

единоличными, преступленія высшими коллегіально устроенными судами изъ юристовъ техниковъ, наконецъ злодѣянія — судомъ присяжныхъ. Французское трехчленное дѣленіе усвоено было многими нѣмецкими законодательствами, въ особенности тѣми, которыя заимствовали и французское судоустройство, причемъ только раздвинуты предѣлы подсудности нижнихъ судовъ возвышеніемъ нормы наказаній за проступки. Прусскій кодексъ 1851 г. (§ 1) раздѣляетъ преступныя дѣянія на *Verbrechen* (наказанія: смертная казнь, смирительный домъ, тюремное заключеніе свыше 5 лѣтъ), *Vergehen* (заключеніе отъ 6 недѣль до 5 лѣтъ или штрафъ свыше 50 талеровъ) и *Uebertretungen* (штрафъ до 50 талеровъ или заключеніе до 6 недѣль). Новый Баварскій кодексъ 1861 г. принявъ тоже трехчленное дѣленіе, отличаетъ одинъ членъ отъ другаго не столько количествомъ, сколько качествомъ наказаній. *Verbrechen* — это преступленія угрожаемыя смертью или смирительнымъ домомъ (Zuchthaus); *Vergehen* — угрожаемыя тюрьмою или штрафомъ свыше 150 гульденовъ, *Uebertretungen* — арестомъ или штрафомъ до 150 гульденовъ.

Наконецъ есть еще одно дѣленіе преступленій, приведенное нами въ предъидущей главѣ, на уголовныя преступленія и полицейскіе проступки, изъ коихъ первыя суть настоящія правонарушенія, а вторые только располагаютъ къ правонарушеніямъ и потому запрещены. Это дѣленіе чисто теоретическое, но непригодное для практики, потому что и тѣ и другіе могутъ быть и тяжкіе и легкіе. Есть уголовныя преступленія маловажныя (обиды личныя); есть полицейскіе проступки, влекущіе за собою смертную казнь или каторгу (нарушенія карантинныхъ постановленій).

ОТДѢЛЕНІЕ III.

Ученіе о составѣ преступленій.

(*Corpus delicti, Thatbestand des Verbrechens*).

§ 36. Фразу *corpus delicti* изобрѣлъ впервые знаменитый италіанскій криминалистъ *Farinacius*, въ своемъ сочиненіи: Variae quaestiones et communes opiniones. 1581. Въ концѣ прошлаго столѣтія *Klein* перевелъ буквально эту фразу на нѣмецкій языкъ словомъ *Thatbestand* (Grunds. d. pein. Rechts. 1796). Сначала этотъ терминъ имѣлъ значеніе чисто процессуальное и обозначалъ совокупность вещественныхъ уликъ преступленія (слѣдовательно напр. въ убійствѣ cor-

pus delicti состоялъ изъ тѣла покрытаго ранами или вмѣщающаго въ себѣ ядъ; въ случаѣ подлога онъ состоялъ изъ поддѣльнаго документа). Потомъ понятіе corpus delicti раздвинуто и стало обозначать не только сумму слѣдовъ преступленія вещественныхъ, но и самое внѣшнее дѣйствіе преступника, за исключеніемъ всего того, что происходило въ душѣ преступника, пока въ немъ не созрѣла преступная рѣшимость; послѣднее называлось Thäterschaft. Такимъ образомъ преступленіе сводилось къ двумъ элементамъ, противуполагаемымъ одинъ другому: Thatbestand и Thäterschaft. Наконецъ въ нынѣшнее время слово: *составъ преступленія*, отрѣшившись уже совсѣмъ отъ своего прежняго процессуальнаго значенія, пріобрѣло значеніе чисто уголовное. Совмѣщая въ себѣ и внѣшнюю объективную и внутреннюю субъективную сторону преступленія, оно обозначаетъ: *совокупность всѣхъ признаковъ содержимыхъ въ понятіи преступленія.* Нѣкоторѣе изъ этихъ признаковъ столь важны, что безъ нихъ преступленіе просто немыслимо; они называются существенными (essentialia). Другіе такого рода, что безъ нихъ преступленіе можетъ обойтись, но что они могутъ вліять въ извѣстной степени на мѣру наказанія; они называются признаками несущественными (accidentalia delicti). Такъ напр. въ случаѣ убійства, повреждение тѣлесное убитаго есть признакъ существенный, но совершено ли оно ножемъ, топоромъ, палкою, нанасены ли удары по груди или по головѣ— это несущественныя черты въ преступленіи.

Составъ преступленія можетъ быть общій и особенный, смотря потому какъ разсматривается преступленіе, какъ общее ли родовое понятіе или какъ частное видовое (убійство, зажигательство, кража). Въ дѣйствительности мы имѣемъ дѣло только съ видовыми проявленіями преступленія, но соединяя въ одно всѣ общія черты присущія всѣмъ видамъ преступленій, мы можемъ составить общее родовое понятіе. Точно такимъ же образомъ мы можемъ чрезъ отвлеченіе образовать общій составъ преступленія, къ которому въ каждомъ отдѣльномъ преступленіи присовокупляются новыя черты, только одному этому виду свойственныя и дающія ему особенную характеристическую окраску. Въ общей части уголовнаго права мы имѣемъ дѣло только съ этимъ общимъ составомъ преступленія. Этотъ общій составъ намъ слѣдуетъ разобрать на составные элементы и развинтивъ, такъ сказать, каждую его часть, изучуть ее до послѣднихъ подробностей. Начнемъ съ практическихъ примѣровъ.

Жена, которой мужъ опротивѣлъ, подаетъ ему отраву. Разорившійся купецъ, подложно застраховавъ свои товары въ суммѣ превышающей ихъ стоимость, поджигаетъ домъ, въ которомъ помѣщалась его лавка, дабы воспользоваться суммою въ которую застрахованы были его товары. Обнищалый и непривыкшій работать дворянинъ напалъ на

публичной дорогѣ съ двуствольнымъ ружьемъ на почту, убилъ двумя выстрѣлами извощика и почталіона, распоролъ сумки съ корреспонденціею, забралъ деньги и скрылся. Вотъ три преступленія: отравленіе, зажигательство, разбой.

Каждое изъ этихъ преступленій предполагаетъ необходимо два условія:

1) Извѣстное лицо, единичное или собирательное, страдающее отъ преступленія, способное имѣть права и въ правахъ своихъ охраняемое государствомъ. Въ приведенныхъ выше примѣрахъ такими страдающими лицами являются: мужъ, страховое общество, извощикъ, почталіонъ, государственная почта. Лицо страдающее отъ преступленія называется технически *предметомъ* или *объектомъ* преступленія.

2) Извѣстное лицо, способное дѣйствовать и отвѣтствовать за свои поступки. Это лицо называется технически *субъектомъ* или *виновникомъ* преступленія. Оно можетъ быть одно, ихъ можетъ быть и болѣе; нѣсколько лицъ могутъ совокупными усиліями совершить одно дѣло, которое разсматривается какъ общее ихъ произведеніе. Такъ какъ при всякомъ разборѣ надобно начинать съ простаго и потомъ переходить къ сложному, то представимъ себѣ, что дѣйствующій субъектъ одинъ; кончивъ анализъ его преступности, мы потомъ уже приступимъ къ рѣшенію вопроса о стеченіи многихъ лицъ въ одномъ и томъ же преступленіи.

Субъектъ и объектъ, виновникъ и предметъ преступленія — это такія данныя, безъ которыхъ преступленіе не мыслимо, но отъ нихъ зависитъ одна только возможность преступленія. Они могутъ существовать одно возлѣ другаго, не соединяясь одно съ другимъ. Уголовную связь между ними образуетъ *преступное дѣяніе.* Это дѣяніе есть нѣчто цѣльное, но умъ разбирая его, подмѣчаетъ въ немъ двѣ главныя стороны, которыя такъ тѣсно связаны, какъ тѣло и душа въ человѣкѣ, какъ форма и содержаніе въ каждомъ явленіи: сторону объективную, внѣшнюю, предметную и сторону субъективную, внутреннюю, личную. Сторону внѣшнюю, предметную преступленія составляетъ совокупность движеній преступника въ мірѣ внѣшнемъ для осуществленія преступной рѣшимости и совокупность перемѣнъ произведенныхъ этими движеніями въ области окружающихъ его предметовъ, иными словами *дѣйствіе* преступника и его *дѣло.* Дѣятельность жены, въ приведенныхъ выше примѣрахъ, окончилась подачею мужу отравы; дѣятельность купца — собраніемъ въ кучу соломы, смолы, дерева, спичекъ и подожженіемъ этихъ горючихъ матеріяловъ. Все затѣмъ остальное входитъ въ составъ дѣла. Нескончаемые ряды многообразнѣйшихъ послѣдствій, вытекающихъ изъ дѣйствія и развѣтвляющихся по всѣмъ направленіямъ, не могутъ быть цѣликомъ отнесены на счетъ преступника, а должны быть разсматриваемы

какъ общее произведеніе и его и всѣхъ силъ природы, содѣйствовавшихъ окончательному результату его дѣятельности. Въ этомъ общемъ произведеніи дѣятельность преступника есть только одинъ изъ множителей обусловливающійся множествомъ другихъ. Мужъ могъ не взять отравы, могъ выплюнуть напитокъ, могъ употребить во время противуядіе. Купецъ только собралъ, подложилъ и зажегъ горючіе матеріялы, остальное додѣлали стихійныя силы: огонь и вѣтеръ.

Собственно общество страдаетъ отъ послѣдствій преступленія, но оно не ждетъ этихъ послѣдствій, оно начинаетъ дѣйствовать когда замѣтило настоятельную опасность и казнитъ человѣка за его дѣйствіе, хотя бы и неувѣнчавшееся всевозможными его послѣдствіями. И такъ во внѣшней сторонѣ преступленія мы находимъ: 1) дѣло или послѣдствія преступленія, которыя не отъ преступника уже зависятъ, и 2) дѣйствіе преступника или его движеніе въ мірѣ внѣшнемъ. Въ сторонѣ преступленія внутренней, личной, мы находимъ такіе же два элемента, которые соотвѣтствуютъ двумъ элементамъ объективной стороны, а именно: *волю* и *знаніе*. Недостаточно движенія со стороны преступника, нужна еще его воля. За дѣйствія взыскивается только потому, что они суть выраженіе воли свободной, плодъ рѣшимости непринужденной человѣка. Послѣдствія дѣйствія могутъ быть крайне вредны (А сжегъ село, лишилъ кого нибудь жизни); дѣйствіе можетъ быть вполнѣ доказано и не подлежитъ сомнѣнію, но и въ такомъ случаѣ о наказаніи виновника его не можетъ быть и рѣчи, если его дѣйствіе не было произвольное (если онъ выстрѣлилъ въ другое лицо только по принужденію, если онъ совершилъ поджегъ только уступая угрозамъ, если онъ поскользнувшись упалъ и падая раздавилъ ребенка, шедшаго подлѣ него). И такъ въ добавокъ къ дѣлу и дѣйствію необходима еще воля или рѣшимость совершить дѣйствіе. Но и этой рѣшимости одной мало. Сынъ посылаетъ за лекарствомъ для отца въ аптеку; изъ аптеки приносятъ по ошибкѣ вмѣсто лекарства ядъ; сынъ подаетъ этотъ ядъ отцу, вслѣдствіе чего отецъ умираетъ. Мужикъ невидавшій никогда желѣзныхъ дорогъ, въѣхалъ на рельсы своею телегою въ то время, когда поѣздъ былъ въ ходу; поѣздъ налетѣлъ, разбилъ телегу, но и самъ выскочилъ съ рельсовъ. X женится на дѣвушкѣ, о которой онъ узнаетъ потомъ что она его сестра. Во всѣхъ сихъ случаяхъ дѣйствія виновника несчастія произвольны, свободны, но имъ недостаетъ одного необходимаго условія: знанія послѣдствій дѣйствія.

И такъ подводя итогъ къ нашему анализу, можемъ сказать, что преступленіе обусловливается наличностью: во первыхъ предмета преступленія, во вторыхъ его виновника и что оно необходимо содержитъ въ себѣ четыре элемента: два образующіе внѣшнюю его сторону — дѣйствіе и его послѣдствія и два образующіе внутреннюю его сторону — волю и

знаніе. Эти начала могутъ являться въ самыхъ разнообразныхъ между собою сочетаніяхъ; могутъ комбинироваться, соединяясь въ различныхъ пропорціяхъ. При изученіи можно ихъ расположить въ двоякомъ порядкѣ. Первый порядокъ — есть историческій порядокъ происхожденія и развитія преступленія. Сначала существуетъ субъектъ обладающій знаніями, въ которомъ родилась мысль о возможности совершить извѣстное преступленіе. Отъ мысли о возможномъ онъ перешелъ къ желанію и рѣшимости совершить это возможное; онъ вторгнулся въ міръ внѣшній и произвелъ въ немъ перемѣну, отъ послѣдствій которой пострадали другія лица и потрясенъ былъ порядокъ общественный. При такомъ методѣ сторону субъективную преступленія слѣдуетъ изучать прежде объективной. Но можно избрать еще другой порядокъ, обратный, основанный на наведеніи, на естественномъ процессѣ мышленія, на послѣдовательности пріемовъ нашего ума при изученіи фактовъ. Умъ нашъ начинаетъ съ опыта и кончаетъ идеею; онъ реальнаго онъ идетъ къ отвлеченному, отъ экспериментаціи къ ипотезамъ, отъ несомнѣнно извѣстнаго къ возможному, правдоподобному. Непосредственную достовѣрность имѣетъ для насъ только внѣшнее дѣйствіе преступника съ его послѣдствіями. О томъ что до этого момента происходило въ душѣ преступника, мы можемъ только догадываться. Опыту подлежитъ только внѣшняя оболочка преступнаго дѣянія, все остальное только предположеніе. Намѣренія и цѣли преступника носятся всегда предъ судьею въ болѣе или менѣе туманныхъ очертаніяхъ; при опредѣленіи ихъ онъ не долженъ ни на одну минуту сходить съ твердой почвы дѣйствительности и попускать бразды своей фантазіи. Вотъ почему мы предпочитаемъ избрать этотъ второй методъ и расположимъ ученіе о составныхъ элементахъ преступленія слѣдующимъ образомъ въ пяти раздѣлахъ: 1) о предметѣ преступленія; 2) о виновникѣ преступленія; понятіе о вмѣняемости; 3) о внѣшней сторонѣ преступленія — дѣйствіи и его послѣдствіяхъ; 4) о внутренней сторонѣ преступленія — волѣ и знаніи; 5) о стеченіи многихъ лицъ въ одномъ и томъ же преступленіи и объ относительной ихъ отвѣтственности.

РАЗДѢЛЪ I.

Предметъ преступленія.

§ 37. Преступленіе есть посягательство на чье либо право, охраняемое государствомъ посредствомъ наказаній. Изъ этого опредѣленія вытекаютъ два весьма важныя послѣдствія: 1) такъ какъ право бываетъ всегда чье нибудь, а владѣльцами или субъектами правъ могутъ быть только лица человѣческія единичныя или собирательныя, то и преступленіе можетъ быть совершено только противу какого нибудь лица, слѣдовательно предметомъ преступленія можетъ быть только лицо. 2) Коль скоро по какимъ нибудь причинамъ государство отниметъ отъ извѣстнаго права свою защиту, то нарушеніе его перестаетъ быть безправіемъ и не подлежитъ уже вѣденію уголовнаго правосудія. Каждое изъ этихъ положеній требуетъ подробнаго разбора.

§ 38. *Положеніе первое.* Предметомъ преступленія можетъ быть только человѣческое лицо съ его правами, а не вещь, не животное, не отвлеченное понятіе.

1) Вещь сама по себѣ безъ связи съ лицами не можетъ быть предметомъ преступленія, если же и употребляются выраженія: преступленія противу вещей, въ противуположности преступленіямъ противу лицъ, то это суть преступленія противу такихъ вещей, которыя, входя въ кругъ владѣнія извѣстнаго лица, сами запечатлѣны личнымъ характеромъ и служатъ какъ бы воплощеніями личности и воли ихъ владѣльца. Дѣйствіе направленное противу подобной вещи, чрезъ вещь поражаетъ лицо имѣвшее право на вещь.

2) Не можетъ быть предметомъ преступленія *животное.* Юридическія отношенія существуютъ только въ общежитіи и только между людьми. Животное становится предметомъ преступленія только какъ чья нибудь собственность. Въ новѣйшее время законодательства стали взыскивать за жестокое обращеніе съ животными и явилось новое преступленіе въ кодексахъ нѣмецкихъ *Thierqualerei* (впервые оно упомянуто въ сакс. кодексѣ 1838 г. § 310. Потомъ въ прусскомъ кодексѣ 1851 г. § 340; въ новомъ саксонскомъ 1855 г. § 361; въ новомъ баварскомъ Polizeystrafgesetzbuch 1861 г. § 100. Въ Англіи, гдѣ это преступленіе запрещено закономъ 3. Georg. IV c. 71, есть общества частныя

покровительствованія животнымъ, которыя привлекаютъ къ суду лица замѣченныя въ жестокомъ съ животными обращеніи. Даже и въ этомъ преступленіи предметъ его не животное, которое въ отношеніи къ человѣку безправо, а общество и его нравственность. Жестокое обхожденіе съ животными поставлено подъ угрозу наказанія, какъ полицейскій проступокъ, не содержащій въ себѣ правонарушенія, но располагающій къ правонарушеніямъ, по вредному вліянію своему на огрубѣніе народныхъ нравовъ.

3) Не наказуемы по отсутствію предмета такъ называемыя *мнимыя* преступленія (delicta putativa, Wahnverbrechen), когда дѣйствіе преступника направлено было на предметъ, который онъ считалъ правоспособнымъ, но который не былъ правоспособнымъ. (Напр. X умеръ; Z не зная о его смерти и рѣшившись убить его, поражаетъ его трупъ кинжаломъ. M покинувъ жену, вступаетъ въ новый бракъ съ иною женщиною, въ полной увѣренности, что онъ совершаетъ преступленіе извѣстное подъ именемъ многобрачія, между тѣмъ оказывается, что первая его жена умерла раньше момента его вторичнаго бракосочетанія. N стрѣляетъ въ пень, принимая его за своего врага). Подобныя дѣйствія не могутъ считаться ни преступленіями, ни покушеніями на преступленія, по совершенному отсутствію объекта, т. е. права на которое бы посягалъ преступникъ. Онъ обнаружилъ злую волю и далъ тѣмъ поводъ государству предпринять въ отношеніи къ нему мѣры предупредительныя, но уголовно взыскивать нельзя за одну безнравственность, еще необлекшуюся въ форму злаго дѣла.

4) Не можетъ быть преступленій *противу Бога*. Богъ не есть лицо въ томъ смыслѣ, какой мы даемъ обыкновенно этому понятію; подъ словомъ лицо мы понимаемъ существо способное желать чего нибудь или не желать, грѣшить, страдать и возвышаться изъ паденія усиліемъ собственной воли своей. Богъ притомъ существуетъ внѣ человѣческаго общежитія и человѣческихъ отношеній, а право служитъ только для общежитія. Наконецъ Богъ не нуждается въ защитѣ со стороны людей и ихъ законовъ.

5) Наконецъ, не должно бы быть преступленій противу религіи и противу общественной нравственности. Кодексы современные наполнены постановленіями о тѣхъ и другихъ, что объясняется: a) историческимъ ходомъ развитія современныхъ законодательствъ, которыя теперь только на выходѣ изъ среднихъ вѣковъ, а въ средніе вѣка государство подчинялось церкви и было взыскателемъ за всякую нерелигіозность и за всякую безнравственность; b) трудностью провести какое нибудь юридическое начало по всему законодательству безъ всякихъ уступокъ; c) присутствіемъ въ области уголовнаго права массы полицейскихъ преступленій, которыя наказуемы не какъ нарушенія правъ, но какъ дѣйствія со-

блазнительныя, располагающія къ правонарушеніямъ. Преслѣдуя нерелигіозности, безнравственности и соблазны, государство отчасти поддается глубоко корнящимся въ народѣ предразсудкамъ, которые порою увлекають общественную власть за предѣлы ея дѣятельности; отчасти же, будучи само связано безчисленными нитями съ религіею положительною, оно поддерживаетъ церковь, религію и народную нравственность, какъ свои собственныя подпоры и считаетъ всякіе направленные противу нихъ удары нападеніями на государственный порядокъ. Конечно религія и нравственность суть великія, могучія силы и главныя подпоры государства, но опытъ не доказываетъ, чтобъ онѣ могли быть успѣшно поддерживаемы и защищаемы уголовными мѣрами, которыя на дѣлѣ приносятъ, имъ болѣе вреда нежели пользы.

Право можетъ принадлежать какъ лицамъ единичнымъ, физически,пъ такъ и лицамъ собирательнымъ, юридичискимъ, то есть цѣлымъ группамъ и сочетаніямъ, состоящимъ изъ лицъ физическихъ, различной величины, назначенія, размѣровъ. Такимъ образомъ предметомъ преступленія можетъ быть частное лицо, семья, сословіе, церковь, совокупность лицъ находящихся въ извѣстной мѣстности или публика, государство и его правительство, со всѣми органами этого правительства. Собственно говоря государство, какъ организмъ поддерживающій совокупность всѣхъ юридическихъ отношеній между членами общества, не бываетъ никогда въ цѣломъ своемъ объемѣ прямымъ и непосредственнымъ предметомъ преступленія; преступленіе касается его только посредственно, чрезъ отрицаніе какого нибудь отдѣльнаго, особеннаго права. Но съ другой стороны характеристическую черту въ каждомъ уголовномъ преступленіи составляетъ то обстоятельство, что его вредныя послѣдствія идутъ дальше того права, которое нарушено и потрясаютъ весь общественный порядокъ. Такимъ образомъ можно сказать, что всякое уголовное преступленіе есть преступленіе противу лица юридическаго—государства и что непосредственнымъ его объектомъ есть чье нибудь опредѣленное право, а посредственнымъ — цѣлое правосостояніе, то есть весь бытъ государственный.

§ 39. *Положеніе второе.* Преступленія нѣтъ, когда нарушаемое право перестало пользоваться защитою закона и когда, такимъ образомъ, предметъ преступленія потерялъ свой юридическій характеръ. Случаи потери предметомъ преступленія его юридическаго характера сводятся къ слѣдующимъ пунктамъ: 1) когда самъ владѣлецъ (субъектъ) права отказывается отъ него; 2) когда извѣстное право уничтожается въ данномъ лицѣ по самому закону; 3) когда происходитъ такое столкновеніе между двумя правами, что одно изъ нихъ можетъ быть сохранено неиначе, какъ на счетъ другаго, съ пожертвованіемъ сего послѣдняго.

СТАТЬЯ 1.

Ненаказуемость правонарушенія по отказу отъ права его владѣльца.

Одна изъ характеристическихъ особенностей частнаго права, отличающихъ его отъ общественнаго, состоитъ въ положеніи *volenti non fit injuria* (желающему обиды она не можетъ быть нанесена). Это положеніе заимствовано изъ римскаго права (l. 1. § 5, D. de injuriis), въ которомъ однако это правило имѣло болѣе ограниченное примѣненіе, нежели то, которое мы ему нынѣ даемъ и относилось собственно только до injuriae, то есть до личныхъ обидъ и нѣкоторыхъ менѣе важныхъ нападеній на собственность. Начало: volenti non fit injuria даже и въ частномъ правѣ дѣйствуетъ не безусловно. Оно становится непримѣнимымъ, когда сталкивается съ правами общества и съ правами третьихъ лицъ, иными словами возможность отказа отъ своего права прекращается, когда этотъ отказъ можетъ причинить вредъ другимъ лицамъ или обществу. Jus publicum voluntate privatorum mutari nequit. Коль скоро въ правѣ частномъ, принадлежащемъ извѣстному лицу, есть элементъ публичный, то отказъ отъ него лица, которое вмѣщаетъ въ себѣ это право, не имѣетъ никакого ровно значенія, а лишеніе владѣльцемъ самаго себя этого права, причиняя ущербъ обществу, можетъ быть сочтено даже уголовно преступнымъ. Сановникъ, которому нанесена обида при исправленіи имъ его служебныхъ обязанностей, не вправѣ кончить дѣло миромъ съ обидчикомъ. Членовредитель изуродовавшій себя для избѣжанія военной службы, можетъ быть за это отбывательство свое наказанъ. Отецъ не посылающій сына въ школу во многихъ государствахъ подвергается взысканію, хотя право давать воспитаніе дѣтямъ входитъ въ составъ его отеческой власти. Сборщикъ податей не можетъ освободить отъ платежа того или другаго изъ обложенныхъ податью лицъ. Точно на томъ же основаніи банкротъ не можетъ дарить своего имущества въ ущербъ своимъ кредиторамъ, отецъ завѣщать все имущество церкви въ ущербъ своимъ дѣтямъ, владѣлецъ дома въ городѣ зажечь этотъ домъ, потому что отъ пожара могутъ загорѣться другіе дома. Устранимъ всѣ подобные случаи и ограничимся только такими непользованіями правомъ или отказами отъ права, которые ни обществу въ цѣломъ, ни отдѣльнымъ лицамъ въ частности не причиняютъ никакого ущерба. Даже и въ этомъ ограниченномъ кругу правъ, начало *volenti non fit injuria* господствуетъ не безъ изъятія. При употребленіи его надобно дѣлать различіе между коренными пра-

вами человѣка, которыя не могутъ быть выдѣлены изъ понятія личности и между особливыми этихъ правъ примѣненіями, проявленіями. Отдѣльныя примѣненія коренныхъ правъ человѣка могутъ быть отдѣляемы отъ личности, пускаемы въ обращеніе, отчуждаемы, даримы. Коль скоро личность отъ нихъ отказалась и за нихъ не вступается, они превращаются въ предметы для государства безразличные. И такъ напримѣръ жизнь, цѣльность душевная и тѣлесная, свобода, собственность, честь, это такія блага и права, которыхъ не можетъ быть вполнѣ лишенъ человѣкъ пока онъ живъ, пока онъ лицо. Но A можетъ не искать за полученный имъ ударъ палкою или обиду ругательствомъ; B можетъ отказаться отъ той или другой своей вещи; C обязаться къ извѣстнымъ услугамъ въ отношеніи къ другому лицу, D можетъ позволить, чтобы его содержали нѣкоторое время въ заключеніи или простить временное разстройство, произведенное въ его здоровіи и жизненныхъ отправленіяхъ другими лицами.

Оставимъ въ сторонѣ отчуждаемыя примѣненія коренныхъ правъ лица, нарушеніе коихъ очевидно не наказуемо при отказѣ отъ нихъ ихъ владѣльцевъ. Остановимся на однихъ коренныхъ правахъ человѣка, не выдѣлимыхъ изъ понятія личности. Человѣкъ можетъ лишить себя самъ одного изъ этихъ правъ; онъ можетъ быть также лишенъ этихъ правъ по своей просьбѣ или по своему согласію другими лицами. Разсмотримъ оба эти случаи.

Первый случай. Если кто лишаетъ самъ себя одного изъ коренныхъ своихъ правъ, служащихъ элементами и необходимыми условіями развитія личности, то онъ за это никогда и ни въ какомъ видѣ не долженъ подлежать отвѣтственности уголовной. Въ томъ то и состоитъ свобода человѣка, что онъ властенъ дѣлать какое угодно употребленіе изъ присущихъ ему способностей, правъ и благъ, по своему усмотрѣнію, на свою отвѣтственность, и что до тѣхъ поръ, пока онъ не затронулъ правъ другихъ лицъ или правъ общества, никто не въ правѣ вмѣшиваться въ то, какъ онъ эти права и блага употребляетъ и ими распоряжается. Никто не можетъ быть въ одно и тоже время и субъектомъ, и объектомъ преступленія, никто не можетъ быть уголовнымъ собственныхъ своихъ правъ нарушителемъ. Общество можетъ не признавать отчужденія лицамъ одного изъ коренныхъ правъ его личности, можетъ отрицать всякія послѣдствія подобнаго отчужденія, но не можетъ за нихъ уголовно взыскивать (напр. если бы кто продалъ себя въ рабство, или обязался никогда не жениться, или обязался не имѣть ни какой собственности частной, то подобные договоры не дѣйствительны).

Второй случай. Посягательство на одно изъ коренныхъ правъ личности, даже по просьбѣ или съ соизволеніемъ на то субъекта этого права, можетъ подлежать уголовной отвѣтственности, потому что человѣкъ

въ человѣкѣ долженъ уважать и цѣнить его разумъ, его характеръ, его идеальную личность и возможность будущаго развитія этой личности, а не его причуды и прихоти; поддающійся этимъ прихотямъ можетъ потомъ сожалѣть о томъ, что онъ имъ поддался. Впрочемъ просьба или согласіе владѣльца извѣстнаго права на лишеніе его этого права до того видоизмѣняютъ составъ преступленія, и до того смягчаютъ вину преступника, что несправедливо было бы подвергать его тому же наказанію, которому подвергается лишившій другое лицо того же права противу его воли и безъ его согласія. Разрѣшивъ въ общихъ чертахъ вопросъ объ отказѣ владѣльца права отъ этого права, перейдемъ теперь къ частностямъ и укажемъ какъ должны быть рѣшаемы на основаніи выведенныхъ нами началъ отдѣльныя относящіяся сюда явленія жизни практической.

1) *Самоубійство* [1]). Взглядъ на самоубійство мѣнялся съ теченіемъ временъ. У многихъ народовъ восточныхъ, у которыхъ жизнь лица не цѣнится высоко, самоубійство находится въ большемъ употребленіи. У Японцевъ обиженный распарываетъ себѣ брюхо передъ домомъ своего обидчика въ видѣ мести. Въ Индіи усилія англичанъ не могутъ искоренить обычай саможженія женъ на кострѣ умершаго мужа. Законы Ману одобряютъ самоубійство (кн. VI). Во время большихъ религіозныхъ празднествъ множество фанатиковъ топятъ себя въ священныхъ водахъ Ганга или кидаются подъ колесницу, на которой везутъ идола и гибнутъ раздавленные ея колесами. У грековъ самоубійство считалось поступкомъ недостойнымъ, подвергало память самоубійцы безчестью. Въ Афинахъ самоубійцѣ отрѣзывалась рука, которая была погребаема или сожигаема отдѣльно отъ остальнаго трупа. На оборотъ римляне, которыхъ учрежденія, законы и нравы представляютъ доведенную до послѣдней степени идеализацію начала личнаго произвола, не только не преслѣдовали самоубійства, и не считали его дѣйствіемъ предосудительнымъ, безнравственнымъ, но подъ конецъ существованія республики стали смотрѣть на него какъ на актъ отваги, какъ на доказательство самообладанія воли и независимости человѣка отъ міра внѣшняго. Въ этомъ отношеніи сходились люди и школы самыхъ противуположныхъ направленій. Стоики говорили: mori licet cui vivere non placet (достоитъ умереть кому не угодно жить). Эпикурейцы утверждали, что человѣкъ глупъ, если онъ остается жить, зная что будущее готовитъ для него болѣе страданій нежели удовольствій, тѣмъ болѣе что всѣ мы входимъ въ міръ однимъ путемъ, но для выхода изъ міра природа предлагаетъ на выборъ множество путей. Конецъ республики и начало имперіи ознаменованы громаднымъ, почти эпидимическимъ распространеніемъ са-

---

[1]) *E. Lisle* — Du suicide. 1856.

моубійства. Всѣхъ терзаетъ скука, пресыщеніе жизнью (taedium vitae). При малѣйшей неудачѣ дѣятели политическіе прибѣгаютъ къ самоубійству, когда исходъ борьбы еще нерѣшенъ и когда на ихъ сторонѣ остаются еще шансы побѣды (Катонъ, Брутъ, Кассій). Послѣ установленія имперіализма, подъ давящимъ гнетомъ этой власти единственное утѣшеніе римлянина заключалось въ томъ, что онъ могъ ежеминутно спастись отъ этой власти посредствомъ яда или кинжала. Иной былъ взглядъ церкви христіанской. Уже іудейская религія питала къ самоубійству отвращеніе, раздѣляемое потомъ и Кораномъ. Церковь христіанская уравнила его просто со смертоубійствомъ: est vere homicida et reus homicidii qui se interficiendo innocentem hominem interficerit (Caus. 23. quaest. 4, can 12). Религія новая проповѣдывала страданіе; она полагала цѣль жизни не въ чувственныхъ удовольствіяхъ, какъ эпикурейцы и не въ безчувственности къ страданіямъ какъ стоики, но въ самомъ страданіи, въ добровольномъ мученичествѣ и распятіи плоти. Съ этой точки зрѣнія самоубійство являлось не дѣломъ отваги, но дѣломъ трусости, малодушія, результатомъ безбожнаго отчаянія въ поддерживающее человѣка провидѣніе. Остатки этого взгляда замѣтны и донынѣ въ современныхъ законодательствахъ положительныхъ, которыя не подлежатъ здѣсь разбору, потому что разборъ ихъ долженъ найти мѣсто въ особенной части уголовниго права. Если и согласиться на то что въ весьма многихъ случаяхъ (впрочемъ не во всѣхъ) самоубійство недостойно человѣка и есть признакъ малодушія, то слѣдуетъ рѣшить надобно ли его наказывать или нѣтъ?

При рѣшеніи этого вопроса прежде всего бросаются въ глаза практическія неудобства уголовнаго противудѣйствія самоубійству и его безуспѣшность. Статистическіе опыты доказываютъ, что по крайней мѣрѣ четвертая часть самоубійствъ происходитъ вслѣдствіе психическихъ болѣзней и умопомѣшательствъ. [1]) Слѣдовательно всегда можетъ явиться сомнѣніе, былъ ли въ своемъ умѣ самоубійца; это сомнѣніе надобно прежде всего устранить посредствомъ весьма трудныхъ и сложныхъ изысканій, которыя часто не приведутъ ни къ какому положительному результату. Наказаніе уголовное непримѣнимо къ совершенному самоубійству, потому что позорное погребеніе трупа (Eselsbegräbniss, sepulcrum asininum), никакъ не можетъ считаться наказаніемъ, такъ какъ самоубійца не чувствуетъ позора; что же касается до покушенія на самоубійство, то весьма сомнительно, можетъ ли подѣйствовать страхъ наказанія на того, кто рѣшился наложить на себя руку. Но предположимъ

---

[1]) Изъ 52,126 самоубійствъ случившихся во Франціи въ періодъ времени 1836—1852 (по 3066 въ годъ), 13,241 случай долженъ быть отнесенъ на счетъ умопомѣшательства. *Lisle* l. c. p. 105.

невозможное, допустимъ что уголовное противудѣйствіе самоубійству практично, что боязнь позорной казни удержитъ десятаго или сотаго отъ самоубійства. У Плутарха есть разсказъ о томъ, что когда самоубійство стало особенно свирѣпствовать между дѣвицами города Милета, сенатъ этого города постановилъ, что трупъ всякой посягнувшей на свою жизнь, будетъ выставленъ нагой на площади, что имѣло послѣдствіемъ совершенное прекращеніе самоубійствъ; положимъ, что и теперь подобная мѣра могла бы имѣть подобныя же послѣдствія. Даже и въ такомъ случаѣ нельзя однако допустить наказуемости самоубійства. Не все что полезно справедливо. Наказуемость самоубійства была бы несправедлива, потому что самоубійца не нарушилъ ничьихъ положительныхъ юридическихъ правъ, ни другихъ лицъ, ни общества. Пока онъ жилъ, онъ былъ обязанъ взамѣнъ за услуги получаемыя отъ общества, нести извѣстныя службы и исправлять извѣстныя повинности, но нельзя доказать, чтобы онъ имѣлъ повинность жить, потому что онъ не рабъ государства и не можетъ быть разсматриваемъ только какъ одна изъ рабочихъ силъ въ экономіи общественной. Если общество до того испортилось, что люди, не вынося жизни, начинаютъ бѣгать изъ общества посредствомъ самоубійства, то этихъ самоубійствъ не обуздать наказаніями, а надобно стараться устранить тѣ причины, которыя порождаютъ въ людяхъ омерзеніе къ жизни; надобно исправить учрежденія и дѣйствовать на улучшеніе нравовъ.

2) *Членовредительство.* Вопросъ о наказуемости его рѣшается точно также, какъ и вопросъ о самоубійствѣ — то есть отрицательно. Въ одномъ только случаѣ оно наказуемо, а именно когда употребляется для уклоненія отъ военной службы, потому что въ этомъ случаѣ оно нарушаетъ права государства на личныя службы гражданъ.

3) *Пособничество къ самоубійству* сообщеніемъ самоубійцѣ средство умертвить себя или устраненіемъ препятствій. Если самоубійство ненаказуемо, то не можетъ быть наказуемо и пособничество къ нему, потому что не можетъ быть преступнаго пособничества къ непреступному дѣянію.

4) Но *убитіе* лица по его просьбѣ или согласію или *изуродованіе* его (напр. отрѣзаніе ему члена, оскопленіе), могутъ быть преслѣдуемы уголовно, потому что они не перестаютъ быть преступленіями противу чужой идеальной личности. Впрочемъ наказанія за эти преступленія должны быть гораздо слабѣе обыкновенныхъ (сакс. кодексъ 1855 г. § 157), а могутъ быть случаи, когда наказаніе должно быть совсѣмъ сложено съ преступника по судебному приговору или посредствомъ помилованія, напримѣръ когда лекарь даетъ ядъ безнадежно больному, котораго нельзя спасти, для сокращенія его страданій, или когда солдатъ оказываетъ подобную же услугу смертельно раненому товарищу.

СТАТЬЯ 2.

Ненаказуемость преступнаго дѣйствія по уничтоженіи самимъ государствомъ въ предметѣ преступленія его юридическаго характера.

§ 40. Дѣйствіе имѣющее всѣ признаки преступнаго, перестаетъ быть таковымъ, когда право, противу котораго оно направлено, перестало пользоваться защитою закона или когда законъ не только допускаетъ, но и вмѣняетъ въ обязанность его нарушеніе. Примѣровъ можно привести много (По французскому праву, c. p. art. 324, мужъ заставшій жену въ прелюбодѣяніи съ другимъ лицомъ, можетъ ее убить безнаказанно. Военныя дѣйствія въ отношеніи къ непріятелямъ. Подавленіе бунта вооруженною силою. Исполненіе уголовнаго приговора рукою палача). Дѣйствіе, имѣющее видъ правонарушенія, оправдывается уничтоженіемъ права въ предметѣ преступленія самимъ государствомъ, по закону: a) когда виновникъ дѣйствовалъ на основаніи закона, въ предѣлахъ предоставленной ему закономъ власти; или b) когда онъ исполнялъ безусловно обязательный для него приказъ. Разрѣшимъ мимоходомъ нѣсколько случаевъ лишенія государствомъ объекта свойствъ его юридическихъ: 1) Личная обида можетъ быть нанесена даже человѣку, лишенному чести по судебному приговору, потому что никакой приговоръ не можетъ отнять всей чести у человѣка; онъ можетъ быть лишенъ чести особенной, знаковъ отличія, чиновъ, или и чести гражданской, но за нимъ останется все таки честь общечеловѣческая, которая ему присуща до тѣхъ поръ, пока онъ живъ физически. 2) Въ средніе вѣка употреблялось наказаніе bannitio, Acht, поставленіемъ человѣка внѣ покровительства закона, объявленіемъ его безправымъ. Если бы это наказаніе употреблялось до сихъ поръ, то подвергшійся ему человѣкъ не могъ бы быть предметомъ преступленія. Но это наказаніе теперь вездѣ отмѣнено. 3) Убіеніе человѣка, приговореннаго окончательно къ смертной казни, есть дѣйствіе уголовно-преступное, потому что безправость приговореннаго къ смерти только относительная. Онъ считается безправымъ только въ отношеніи къ государству и его правительству, но не въ отношеніи къ другимъ лицамъ. Общественная власть охраняетъ его жизнь до послѣдней минуты отъ всякихъ постороннихъ на нее нападеній. Она имѣетъ право уничтожить эту жизнь только сама, только извѣстнымъ порядкомъ, въ извѣстное время, съ соблюденіемъ извѣстныхъ закономъ установленныхъ формъ и обрядовъ.

СТАТЬЯ 3.

Ненаказуемость правонарушенія происшедшаго при такомъ столкновеніи между правами, что одно изъ нихъ можетъ быть сохранено не иначе какъ на счетъ другаго.

§ 41. Коллизія правъ можетъ имѣть два вида: а) когда владѣлецъ извѣстнаго права нападаетъ на чужое право для спасенія своего собственнаго; этотъ случай называется состояніемъ крайней необходимости; b) когда владѣлецъ права, защищая его отъ нападенія посторонняго, нарушаетъ право нападающаго; этотъ случай называется необходимою обороною.

А) *Состояніе крайней необходимости* [1]) (Nothstand) есть такое положеніе человѣка, когда онъ, находясь въ опасности угрожающей его собственной личности и правамъ или личности и правамъ другихъ лицъ ему въ какомъ нибудь отношеніи близкихъ, не иначе можетъ спасти свою личность и права, или личность и права другихъ лицъ, какъ нарушая положительно чье либо чужое право. Крайняя необходимость извиняетъ человѣка не только когда онъ спасался самъ, но и когда онъ спасалъ другихъ людей ему близкихъ. Слово *близкій* не должно быть здѣсь принимаемо въ слишкомъ тѣсномъ значеніи, оно обозначаетъ не только родныхъ и друзей, но даже и постороннихъ, въ судьбѣ которыхъ правонарушитель принималъ какое либо участіе. Христіанство внесло въ современныя законодательства то начало, что всѣ люди наши ближніе. Грозящая опасность тогда только можетъ быть принята въ уваженіе, когда на нарушителѣ не лежала спеціальная обязанность подвергаться этой опасности или когда эта опасность не была послѣдствіемъ совершеннаго имъ прежде того преступленія. Вопросъ о томъ, въ какой степени крайняя необходимость можетъ извинять преступника или по крайней мѣрѣ смягчать его вину и наказаніе, зависитъ отъ качества сталкивающихся правъ, а такъ какъ права разнообразны, то и столкновенія бываютъ разнообразны. По невозможности установить для такихъ коллизій прочныя нормы, обыкновенно оцѣнка того, было ли въ данномъ случаѣ состояніе крайней необходимости, зависитъ цѣликомъ отъ судей въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Разсмотримъ главнѣйшіе изъ этихъ случаевъ.

1) *Столкновеніе между собственностью и собственностью.*

---

[1]) *Wessely*, Die Befugnisse des Nothstandes und der Nothwehr. 1862.

Ни одинъ изъ собственниковъ не имѣетъ права нарушить собственность чужую, потому что обѣ собственности одинаково законны. Но потому именно что оба права на собственность одинаково законны, общество не можетъ требовать чтобы собственникъ сложа руки смотрѣлъ на погибель своей собственности, когда онъ можетъ спасти ее, хотя бы на чужой счетъ. Общество неодобряя подобнаго образа дѣйствія, не можетъ однако за него взыскивать. [1]) Такимъ образомъ ненаказуемъ владѣлецъ дома, который для спасенія его отъ пожара, разрушаетъ деревянное строеніе своего сосѣда (l. 3 § 7. D. de incend.), также владѣлецъ корабля или части нагруженныхъ на немъ товаровъ, который для спасенія ихъ выбрасываетъ за бортъ чужой грузъ, при оказавшейся въ кораблѣ течи (l. 14 pr. D. de praesc. verb).

2) *Столкновеніе между личностью и собственностью.* [2]) Въ правахъ человѣческихъ есть постепенность; есть блага болѣе и менѣе цѣнныя. Личность съ ея свободою, здоровьемъ, жизнью несравненно цѣннѣе правъ имущественныхъ, слѣдовательно не можетъ подлежать отвѣтственности тотъ, кто для спасенія себя и другихъ лицъ находящихся въ крайней опасности, нарушилъ чужое право собственности (напр. X для избѣжанія неминуемой смерти отъ голода или для спасенія отъ голодной смерти своего семейства, крадетъ чужіе съѣстные припасы или даже и деньги, дабы купить съѣстные припасы). Надобно обращать вниманіе на то, строго ли держалось нарушеніе чужой собственности въ границахъ крайней нужды или нѣтъ, напр. не укралъ ли голодный болѣе того, сколько ему нужно было для утоленія голода. Правомъ крайней нужды пользуются не только частныя лица, но общество въ отношеніи къ отдѣльнымъ своимъ членамъ. Бываютъ случаи, когда на этомъ основаніи, для избавленія народныхъ массъ отъ сильныхъ страданій, государство нарушаетъ чье либо право собственности или ограничиваетъ свободу мѣны, свободу обязательствъ. Установленіе таксъ на съѣстные припасы въ городѣ осаждаемомъ или во время голода, также наказанія за дарданаріатъ (т. е. за перекупъ товаровъ для возвышенія цѣнъ на нихъ), не могутъ быть объяснены иначе какъ понятіемъ крайней необходимости.

3) *Столкновеніе между личностью и личностью* рѣшается точно также какъ коллизія между собственностью и собственностью. Жизнь погибающаго равно цѣнна какъ и жизнь того, кого погибающій умерщ-

---

[1]) Эту мысль развилъ Кантъ въ Metaph. Anfangsgr. der Rechtslehre S. XLI. Нарушеніе чужой собственности для спасенія своей считаетъ онъ дѣйствіемъ не безвиннымъ (non inculpabile), но только ненаказуемымъ (impunibile)

[2]) Этотъ случай носитъ у германскихъ криминалистовъ спеціальное названіе *Nothrecht, право крайней нужды.*

вляетъ для своего собственнаго спасенія или даже для спасенія другихъ лицъ болѣе ему близкихъ. Этотъ поступокъ можно считать недостойнымъ, безнравственнымъ, потому что нравственный законъ вмѣняетъ намъ въ обязанность самоотверженіе, но обязанность эта не юридическая и государство не вправѣ требовать ея исполненія подъ страхомъ наказанія. Такъ напримѣръ не подлежатъ наказанію пассажиры судна, которые, видя что судно тонетъ отъ излишняго переполненія, выбрасываютъ за бортъ нѣсколькихъ товарищей, дабы остальные могли спастись. Сюда же слѣдуетъ отнести перфорацію или вырѣзаніе эмбріона изъ чрева матери, когда она не можетъ быть спасена иначе, какъ посредствомъ уничтоженія эмбріона, причемъ жизнь матери, какъ личности развитой, предпочитается жизни младенца, которая представляетъ одну только возможность развитія личности въ будущемъ.

§ 42. В) *Необходимая оборона* (rechte Nothwehr, justa defensio, inculpatae tutelae moderatio) [1]. Съ установленіемъ государственнаго порядка погасаетъ право частной мести, всякое самоуправство становится явленіемъ противузаконнымъ; государство берется защищать всѣхъ и каждаго въ ихъ правахъ. Какъ бы однако не былъ совершененъ этотъ порядокъ, всегда однако будутъ случаи, когда государство не можетъ подоспѣть во́время угрожаемому нападеніемъ лицу. Государственное предупрежденіе ограничивается устраненіемъ однихъ только общихъ, постоянныхъ причинъ и поводовъ къ преступленію, но никогда не можетъ простираться на всѣ дѣйствія всѣхъ людей отдѣльно взятыхъ, и превратиться въ ежеминутный надзоръ за ихъ поведеніемъ, уголовная же репрессія является тогда, когда нападеніе совершилось и сдѣлалось сбывшимся фактомъ. Посему въ самыхъ благоустроенныхъ государствахъ, гдѣ послѣдніе остатки частной мести исчезли въ нравахъ и законодательствѣ, остается однако за лицомъ право защищаться, въ случаяхъ когда государство не можетъ оказать ему защиты. По тѣсной связи права необходимой обороны съ государственнымъ устройствомъ, взглядъ на это право различенъ въ различныхъ законодательствахъ, да и у одного и того же народа онъ мѣняется въ различные періоды его жизни. Римское право, благопріятствующее развитію личности, допускало необходимую оборону въ весьма большихъ размѣрахъ. Она была почти безпредѣльна въ древне-германскомъ законодательствѣ, гдѣ она смѣшивалась и сливалась съ местью и самоуправствомъ. Менѣе благопріятствовало необходимой оборонѣ каноническое право съ его требованіями безусловнаго почти самопожертвованія своимъ добромъ и жизнью въ пользу другихъ, однако и оно не видитъ въ ней, въ большей части случаевъ, ничего не только преступнаго, но даже и грѣховнаго. За то наука и прак-

---

[1] *Levita*, Das Recht der Nothwehr. 1856.

тика уголовнаго права въ Германіи послѣ Каролины (1532) и кодексы прошедшаго столѣтія, стараются заключить необходимую оборону въ самые тѣсные предѣлы. Извѣстно, что послѣдніе два столѣтія были періодомъ постепенно усиливавшейся централизаціи правительственной. Юристы, казуисты и судьи практики этого періода, служа проводниками государственной идеи и жертвуя этой идеѣ личностью, допускаютъ правда необходимую оборону, но стараются обставить ее такими условіями, при которыхъ употребленіе ея почти невозможно. Такимъ образомъ лицо обезоруженное, связанное, такъ сказать, по рукамъ и по ногамъ, становилось цѣлью нападеній, само не смѣя ничего предпринять для отраженія опасности. Слѣдуя этому одностороннему направленію, ученые криминалисты наговорили и написали много нелѣпостей и ввели столько новыхъ и не нужныхъ казуистическихъ тонкостей, что затемнили и запутали предметъ, который самъ по себѣ весьма простъ и понятенъ. [1]) Итакъ напримѣръ уравнивая необходимую оборону съ состояніемъ крайней необходимости, они считали ее дѣйствіемъ предосудительнымъ, небезвиннымъ, хотя и ненаказуемымъ по уваженію къ особеннымъ обстоятельствамъ, которыми сопровождалось причиняемое обороняющимся насиліе, между тѣмъ какъ необходимая оборона имѣетъ совершенно иное основаніе и оправдывается не опасностью, подъ гнетомъ коей дѣйствовалъ обороняющійся, но тѣмъ, что онъ имѣлъ за собою право и потому властенъ былъ не терпѣть никакого въ пользованіи этимъ правомъ насилія, властенъ его отстаивать до послѣдней возможности, противу всякаго со стороны на это право посягательства. Иные допускали необходимую оборону для отраженія преступнаго нападенія, но отказывали лицу въ правѣ обороняться отъ сумашедшаго или отъ человѣка принуждаемаго къ преступленію, какъ будто бы обороняющійся имѣетъ время и возможность предварительно употребленія обороны, рѣшить, посредствомъ тонкаго психическаго анализа, вопросъ, находился ли нападающій на него въ своемъ умѣ или нѣтъ, дѣйствовалъ ли онъ свободно или по принужденію. Иные допускали необходимую оборону только въ отношеніи къ частнымъ лицамъ, но не въ отношеніи къ властямъ и начальствамъ отъ которыхъ нельзя будто бы защищаться, какъ бы незаконны и насильственны не были ихъ дѣйствія. Иные требовали, чтобы нападеніе было неожиданное и различали: могъ ли обороняющійся уклониться отъ грозившей ему опасности или нѣтъ; въ первомъ случаѣ они освобождали его отъ наказанія, во второмъ они требовали его наказанія, вмѣняя такимъ образомъ въ обязанность гражданину трусость и уступчивость. Иные допускали необходимую оборону только противу начатаго, но неконченнаго еще покушенія и утверждали что право на обо-

[1]) Подробный разборъ этихъ мнѣній у Лефиты, стр. 158—281.

рону погасаетъ съ моментомъ совершенія преступленія, какъ будто бы обороняющійся могъ хладнокровно разбирать, когда оканчивается покушеніе и когда начинается совершеніе. Иные допускали необходимую оборону только для защищенія своихъ собственныхъ правъ, а не правъ другихъ лицъ. Иные наконецъ дозволяли лицу защищать посредствомъ необходимой обороны только нѣкоторыя блага; они отличали блага невознаградимыя (жизнь, свободу, здоровье) отъ вознаградимыхъ (имущество, честь) и воспрещали употреблять необходимую оборону противу вора или грабителя бѣгущаго съ похищенными имъ вещами, какъ бы цѣнны не были эти вещи, какъ будто бы отвлеченный вопросъ о вознаградимости или невознаградимости правъ, могъ имѣть какое нибудь значеніе на практикѣ. Бо́льшая часть благъ вознаградимыхъ, если на нихъ смотрѣть съ отвлеченной точки зрѣнія, становятся невознаградимыми въ данномъ случаѣ (когда воръ неизвѣстенъ лично собственнику вещи, когда онъ не имѣетъ состоянія), отъ обороняющагося же нельзя ожидать, чтобы онъ обсудилъ предварительно употребленія обороны, вознаградимо ли благо, котораго онъ можетъ лишиться вслѣдствіе нападенія или нѣтъ. Весь этотъ громадный казуистическій балластъ, накопившійся въ теченіе двухъ послѣднихъ столѣтій, слѣдуетъ выбросить за бортъ, какъ предметъ ненужный. И наука и законодательство положительное пришли опять въ XIX столѣтіи къ болѣе правильнымъ понятіямъ. Признавая идею личности и снисходя къ требованіямъ гражданской свободы, новѣйшіе кодексы стали вооружать правомъ необходимой обороны все бо̀льшее и бо́льшее число правъ; опредѣляя оборону въ общихъ только чертахъ, они представляютъ остальное благоусмотрѣнію судей.

Необходимая оборона есть защищеніе права силою противу незаконнаго, настоящаго нападенія, которое не можетъ быть отвращено вдвремя государствомъ. Кто имѣетъ извѣстное право законное, тотъ имѣетъ и право на защищеніе этого права посредствомъ государства, если оно можетъ подоспѣть ему въ помощь, или посредствомъ собственныхъ своихъ силъ, если государство не можетъ поспѣть въ помощь своевременно. Посредствомъ необходимой обороны можетъ быть защищаемо всякое право, какъ бы оно не было маловажно и малоцѣнно. Вся сущность необходимой обороны заключается не въ томъ, что она есть защита права болѣе или менѣе цѣннаго, но въ томъ что она есть защита права. Слѣдовательно необходимая оборона можетъ быть употребляема для защищенія жизни, тѣлесной неприкосновенности и цѣломудрія, свободы и даже правъ имущественныхъ; въ этомъ отношеніи согласны между собою всѣ новѣйшіе кодексы. (Кодексъ прусскій 1851 г. (§ 41), не опредѣляетъ вовсе какія права можно защищать посредствомъ необходимой обороны; австрійскій кодексъ 1852 г. (§ 29),

саксонскій 1855 г. § 81, баварскій 1861 г. § 72, допускаютъ прямо защиту личности и имущества; кодексы виртембергскій 1839 г. § 102, дармштадскій 1848 г. § 46, брауншвейгскій 1840 г. § 166, допускаютъ положительно даже убіеніе вора, бѣгущаго и уносящаго съ собою похищенные предметы, совершенное съ цѣлію возвратить себѣ эти предметы. Code pénal французскій 1810 г. стоитъ на точкѣ зрѣнія прошлаго столѣтія и допускаетъ необходимую оборону для защиты только правъ личныхъ а не имущественныхъ art. 328 [1]). Гораздо спорнѣе вопросъ о чести. Почти всѣ законодательства допускаютъ необходимую оборону при обидахъ дѣйствіемъ, въ которыхъ нападеніе на лицо стекается съ нападеніемъ на тѣло обижаемаго, но обыкновенно они умалчиваютъ, и тѣмъ самымъ отрицаютъ необходимую оборону въ обидахъ устныхъ и символическихъ, частью потому что нападеніе въ этихъ обидахъ не до того опасно, чтобы оно требовало необходимой обороны, частью потому что обида совершается мгновенно, а потому неотразима, слѣдовательно необходимая оборона въ отношеніи къ ней невозможна, а возможна только месть, месть же законами не допускается. Намъ кажется что подобное исключеніе не основательно. Соотвѣтствовали ли средства защиты силѣ нападенія? не было ли въ нихъ излишка? это вопросы, которые долженъ рѣшить судья въ каждомъ данномъ случаѣ. Бываютъ столь тяжкія и извительныя обиды устныя и символическія, что онѣ тяжелѣе обидъ дѣйствіемъ (реальныхъ); онѣ притомъ тѣмъ хуже, что отъ многихъ изъ нихъ государство не можетъ защитить обижаемаго. Притомъ по отношенію къ обидамъ устнымъ и символическимъ, возможны не только месть, но и отраженіе. Обида можетъ продолжаться; обижающій можетъ быть рѣшился преслѣдовать свою жертву безъ устали, нанести ей цѣлый рядъ оскорбленій; нѣкоторыя имъ уже нанесены, но отъ другихъ, предстоящихъ еще въ будущемъ, можно защищаться [2]). И такъ необходимая оборона есть защищеніе права силою; спрашивается: своего ли только права или же и чужаго? Если только своего, то надлежало бы употреблять терминъ: *самооборона*, а не *оборона*. Кажется, что въ римскомъ правѣ, основанномъ на началѣ эгоизма, допускаема была только оборона себя и лицъ, которыхъ защищать обороняющійся имѣлъ юридическую обязанность; что она дозволялась когда опасность угрожала *sibi vel suis*

---

[1]) Такъ толкуютъ эту статью *Hélie* et *Chauveau*, Théorie du C. p. édition Nypels §§ 2726, 2745. La défense d'une chose n'est jamais nécessaire; le propriétaire peut céder à la force, puisque la loi ouvre les voies judiciaires, pour poursuivre le voleur.... Le propriétaire.... hors le cas des violences personelles, ne peut attaquer la vie même du voleur.

[2]) Еще недавно 1857 г. судъ присяжныхъ во Франціи освободилъ г-жу Jeufosse, по которой приказанію убитъ былъ человѣкъ, преслѣдовавшій и чернившій передъ другими лицами ея дочь.

(fr. 1 § 4 D. ad legem Corn. de sicar.). Средневѣковые юристы расширяя необходимую оборону, ввели въ кругъ ея родныхъ, друзей, гостей, сосѣдей. Наконецъ она постепенно обобщена и распространена на всѣхъ людей по христіанскимъ началамъ братства, человѣколюбія и солидарности всѣхъ людей, по которымъ оборона еще достойнѣе и нравственнѣе, когда посредствомъ нея защищается право другаго лица, нежели когда ею защищается право самаго обороняющагося. Необходимая оборона обусловливается нападеніемъ, то есть положительнымъ, наступательнымъ на лицо движеніемъ, а не отрицательнымъ, состоящимъ въ упущеніи. Это нападеніе должно быть: 1) незаконное, 2) настоящее, и притомъ 3) неотвратимое государствомъ.

1) Нападеніе должно быть незаконное, при чемъ все равно, сознавалъ ли нападающій его незаконность или нѣтъ. Слѣдовательно можно защищаться посредствомъ необходимой обороны и отъ сумашедшаго, и отъ человѣка въ полномъ умѣ, и отъ принуждаемаго, и отъ находившагося въ состояніи крайней необходимости. Коль скоро нападающій дѣйствовалъ въ предѣлахъ предоставленной ему закономъ власти или даже во исполненіе требованій закона, то необходимой обороны противу него быть не можетъ. Подданный не пользуется правомъ обороны въ отношеніи къ употребляющимъ даже принудительныя средства правительству, начальству, суду; должникъ въ отношеніи къ частному приставу, арестующему его за долги; дѣти и воспитанники въ отношеніи къ родителямъ и учителямъ, подвергающимъ ихъ исправительнымъ наказаніямъ. Однако если облеченное властью лицо превысило эту власть, вышло за ея предѣлы, то необходимая оборона становится въ отношеніи къ нему возможною, потому что его дѣйствія перестаютъ быть законными и превращаются въ незаконныя (напр. если чиновникъ полицейскій, который долженъ только заарестовать кого нибудь, станетъ наносить ему при заарестованіи побои. 2) Нападеніе должно быть настоящее, а не прошедшее и не будущее. Правомъ необходимой обороны лицо не пользуется, пока опасность еще отдаленная (напр. Z узналъ что X намѣренъ его убить; Z не вправѣ предупреждая нападеніе отыскать X и убить его). Право необходимой обороны возникаетъ въ минуту когда опасность стала неминуема (напр. я вижу какъ мой противникъ обнажилъ саблю и собирается меня поразить, я не обязанъ ждать пока онъ меня поразитъ и вправѣ выстрѣлить въ него). Право необходимой обороны прекращается, когда опасность миновалась, т. е. когда со стороны нападающаго кончилось послѣднее наступательное движеніе. 3) Нападеніе должно быть непредотвратимо вовремя государствомъ, иными словами необходимая оборона возможна только при отсутствіи правительственной помощи въ минуту опасности. Нѣкоторыя законодательства стѣсняютъ необходимую оборону, недопуская ея, когда обороняющійся могъ избѣ-

гнуть опасности, обращаясь заблаговременно къ защитѣ законныхъ властей, или удаляясь съ мѣста гдѣ она могла грозить, или спасаясь отъ нея бѣгствомъ. Всѣ эти стѣсненія весьма несправедливы. Я могъ, положимъ, донести начальству заблаговременно объ опасности, но не донесъ; я зналъ что на такомъ то пути на меня могутъ напасть разбойники, но я не требовалъ конвоя и отправился вооружась револьверомъ; я могъ бѣжать, но не бѣжалъ. Во всѣхъ сихъ случаяхъ я буду совершенно правъ, потому что чужое беззаконіе не должно нисколько стѣснять свободу моихъ движеній, а личная храбрость съ пренебреженіемъ опасности есть доблесть гражданская, которая очень желательна во всѣхъ гражданахъ. Сознаніе законности отстаиваемаго права оправдываетъ самую энергическую и неуклонную его защиту. Право необходимой обороны небезпредѣльное; оно имѣетъ свою весьма явственную границу. Оборона должна быть пропорціональна не свойству и важности угрожаемаго права, но стремительности нападенія и степени угрожающей обороняющемуся опасности. Малѣйшее право можетъ быть отстаиваемо даже на счетъ жизни нападающаго лица, если въ данномъ случаѣ нельзя было отстоять его иначе, менѣе насильственными средствами. И такъ масштабомъ необходимой обороны должна быть опасность и притомъ опасность не въ такомъ видѣ въ какомъ она дѣйствительно существовала или могла казаться постороннему наблюдателю, но въ такомъ видѣ, въ какомъ она должна была представляться обороняющемуся. Вопросъ о томъ, не вышла ли необходимая оборона за свои предѣлы и была ли въ ней соблюдена мѣра, долженъ быть цѣликомъ предоставленъ судьѣ, который обязанъ поставить себя мысленно на мѣсто обороняющагося, сообразить и время, и мѣсто, и личныя свойства обороняющагося (храбрость или трусость его), и личныя качества нападающаго, на сколько они могли быть извѣстны обороняющемуся, наконецъ даже и то волненіе и нервное раздраженіе, которое должно было быть вызвано въ обороняющемся незаконностью и неожиданностью нападенія. Коль скоро въ данномъ случаѣ нѣтъ необходимыхъ условій необходимой обороны, то дѣйствіе совершенное подъ предлогомъ необходимой обороны (Prätext der Nothwehr) преступно и наказуемо; (напр. когда X обезоружилъ вора, проникшаго въ его квартиру и потомъ его убилъ). Равнымъ образомъ преступно превышеніе необходимой обороны (Excess der Nothwehr), то есть употребленіе средствъ очевидно несоотвѣтствовавшихъ опасности, выходящихъ за требованія защиты. Законъ не можетъ допускать, чтобы подъ маскою необходимой обороны разъигрывались месть и насиліе. Но полагая наказаніе за предлогъ или превышеніе необходимой обороны, законодатель и судья не могутъ ихъ уравнивать съ простыми, невызываемыми нападеніемъ преступленіями. Они должны принять за смягчающее вину обстоятельство, что состояніе необходимой обороны вызываетъ въ обо-

роняющемся сильное волненіе, которое потемняетъ у него иногда сознаніе и мѣшаетъ ему дѣйствовать хладнокровно; это волненіе невольное не можетъ быть поставлено ему въ вину, напротивъ того оно уменьшаетъ эту вину [1]).

РАЗДѢЛЪ II.

Субъектъ (виновникъ) преступленія.

§ 43. Субъектомъ преступленія можетъ быть только лицо физическое и притомъ могущее дѣйствовать сознательно или, выражаясь на языкѣ техническомъ, лицо находящееся въ состояніи *вмѣняемости* (zurechnungsfähig). Когда камень упалъ и убилъ человѣка, когда молнія зажгла строеніе, когда рѣка выступила изъ береговъ и произвела наводненіе, — эти несчастныя событія до того кажутся въ порядкѣ вещей, что никому не приходитъ на мысль доискиваться въ нихъ чьей бы то не было вины. Тоже бываетъ когда непосредственною причиною несчастія является животное, напримѣръ когда быкъ поднялъ на рога человѣка или человѣкъ растерзанъ былъ волками. Въ древнихъ Аѳинахъ судъ Эфетовъ судилъ дѣла о смертныхъ случаяхъ, причиняемыхъ неодушевленными предметами и животными, послѣ чего назначаемы были особые жрецы для выгнанія животнаго или выброшенія предмета причинившаго смерть за предѣлы священной земли афинской. [2]). По мойсееву законодательству, волъ прободавшій рогомъ человѣка, побиваемъ былъ камнями (Исходъ 21, 28). Въ средніе вѣка бывали примѣры суда и казней рукою палача надъ животными [3]). Однако всѣ подобные примѣры

[1]) Смягчаютъ наказаніе кодексы прускій (§ 41), австрійскій (§ 2), брауншвейгскій (§ 169), баденскій (§ 91), тюрингскій (§ 69).

[2]) *Heffter*, Die athenäische Gerichtsverfassung 1822.

[3]) *Grimm*, Deutsche Rechtsalterthümer. изд. 1854 г. S. 664. *Berriat Saint Prix*, Rapport et recherches sur les procès et jugements rélatifs aux animaux. Paris. 1829. До XVI столѣтія животныя во Франціи причинившія смерть человѣку были сожигаемы и вѣшаемы рукою палача.

относятся только ко временамъ варварскимъ, когда человѣкъ съ одной стороны олицетворялъ природу и ея силы, съ другой стороны не умѣлъ доискиваться въ дѣйствіяхъ лицъ основанія вины. Преступленіе уголовное можетъ совершить только человѣкъ и притомъ только человѣкъ единичный а не собирательный, иными словами только лицо физическое а не юридическое. Старинный школьный вопросъ о томъ, можетъ ли лицо юридическое быть виновникомъ преступленія, не стоитъ того, чтобы на немъ долго останавливаться. Конечно лицо юридическое есть организмъ имѣющій свое реальное бытье и дѣйствующій, но не иначе какъ чрезъ посредство своихъ составныхъ членовъ. Оно имѣетъ лишь столько сознанія и воли, сколько ихъ вносятъ въ него составныя его единицы. Общій фондъ его сознанія образуется изъ тѣхъ мыслей и убѣжденій, которыя присущи его членамъ; его воля есть произведеніе помноженныхъ одна на другую волей его членовъ. Наоборотъ реакція нравственная или уголовная противу юридическаго лица, совершившаго извѣстное неправое дѣло, не можетъ падать на само юридическое лицо, которое даже и недосягаемо, если брать его отдѣльно отъ составляющихъ его лицъ физическихъ; она можетъ поражать своими ударами только членовъ лица юридическаго и то только по степени участія, какое они принимали въ дѣлѣ совершенномъ общими ихъ силами, слѣдовательно не всѣхъ въ общей массѣ, а каждаго отдѣльно, какъ лицо физическое. При этомъ случаѣ нравственная реакція проникаетъ гораздо глубже въ массы и распространяется на гораздо бо́льшее число недѣлимыхъ, а уголовная, по недостаточности своихъ средствъ, должна ограничиваться немногими, выдѣляющимися изъ группы недѣлимыми. По тѣсной связи и солидарности всѣхъ членовъ группы, часто всѣ они содѣйствовали ошибкѣ, несправедливости, преступленію, положительно или отрицательно, своимъ дѣйствіемъ или бездѣйствіемъ; всѣ они въ бо́льшей или меньшей степени несутъ нравственную отвѣтственность за содѣянное; всѣ они въ качествѣ членовъ группы будутъ страдать отъ горькихъ послѣдствій злаго дѣла, но юридически отвѣчать предъ судомъ могутъ только тѣ изъ нихъ, которые нарушили лично какой нибудь законъ уголовный. И такъ если напримѣръ судъ постановилъ неправое рѣшеніе, то отвѣчать долженъ уголовно не этотъ судъ, а A, B, C, лица засѣдавшія въ немъ и подписавшія приговоръ, хотя нравственныя послѣдствія преступленія и наказанія, стыдъ и позоръ могутъ отразиться косвенно и на сословіи или области, которыя выбрали такихъ судей. Когда за преступленіе совершенное цѣлымъ полкомъ рѣшено будетъ, положимъ, прогнать десятаго сквозь строй, то это рѣшеніе тогда только можетъ быть признано справедливымъ, когда преступленіе совершено всѣми членами полка, когда всѣ напримѣръ, въ заговорѣ и не хотятъ выдать настоящихъ виновныхъ; всѣ могли бы быть наказаны, но верхов-

ная власть нѣкоторыхъ милуетъ, остальныхъ наказываетъ. Когда городъ или страна возстали противу верховной власти, то уголовно наказаны могутъ быть зачинщики увлекшіе другихъ, увлеченные ими, также тѣ которые имѣвъ юридическую обязанность остановить ихъ, не исполнили сего; за тѣмъ всѣ остальныя лица не могутъ быть разсматриваемы какъ субъекты преступленія, хотя и они могутъ косвенно пострадать отъ реакціи со стороны правительства, отъ уничтоженія сословія, лишенія города или земли правъ имъ принадлежащихъ; впрочемъ эти законодательныя мѣры никогда не могутъ считаться наказаніями въ собственномъ смыслѣ этого слова. Приведемъ еще одинъ примѣръ: и народъ взятый какъ политическая единица, то есть какъ государство, можетъ совершать въ отношеніи къ другимъ народамъ великія, вопіющія несправедливости. Такъ какъ государства вполнѣ самостоятельны и не подчиняются никакому верховному судьѣ, то объ уголовной санкціи въ подобныхъ случаяхъ не можетъ быть и рѣчи. Остается только отвѣтственность нравственная, которая лежитъ не на какомъ то отвлеченномъ народѣ, но разкладывается на доли и ложится въ бо́льшей или меньшей степени на каждомъ изъ гражданъ, входящихъ въ составъ государства. Первою и непосредственною причиною совершенной несправедливости являются парламентъ, правительство, министры. Но возникаетъ вопросъ: почему же у такого-то народа было то а не другое правительство? Такъ какъ въ общемъ ходѣ жизни народовъ нѣтъ случайностей, то сводя причины ближайшія на болѣе отдаленныя, увидимъ, что это правительство поддерживали извѣстныя партіи въ народѣ, которыхъ инстинктамъ оно служило, которыхъ желанія исполняло. Наконецъ даже и въ другихъ группахъ и слояхъ народонаселенія, даже и такихъ, которые не принимали участія въ жизни общественной, мы доищемся при анализѣ такихъ качествъ, особенностей и недостатковъ въ складѣ ума и характера, изъ которыхъ вытекаетъ прямо заключеніе, что такой-то народъ можетъ имѣть только такое, а не иное правительство и что это правительство должно было дѣйствовать такимъ, а не инымъ образомъ. Часто са́мые ожесточенные противники извѣстнаго правительства не понимаютъ, что они его поддерживаютъ, потому что ихъ же собственныя заблужденія и недостатки составляютъ жизненный принципъ этого правительства. И такъ всѣ граждане даннаго государства нравственно виноваты въ уклоненіи этого государства отъ справедливости въ международныхъ отношеніяхъ; санкція же этой справедливости не юридическая, но чисто нравственная, неминуема, какъ законъ природы. Она заключается въ томъ, что и для народовъ всякая несправедливость влечетъ за собою рядъ страданій, горестей и болѣзней, отъ которыхъ одно лишь спасеніе: отречься отъ заблужденія и сознательно вступить на иной, лучшій путь.

§ 44. Субъектомъ преступленія можетъ быть только лицо *созна-*

тельное и потому нравственно *свободное*. Только дѣйствія лица, обладающаго сознаніемъ, могутъ быть отнесены не только на счетъ его руки, ноги, языка, мускуловъ, но и на счетъ его души, его воли, руководимой разумомъ. Здѣсь опять мы встрѣчаемся съ неизбѣжнымъ антропологическимъ вопросомъ о свободѣ или несвободѣ человѣческой воли. Рѣшеніе этого вопроса выходитъ за предѣлы области уголовнаго права, но оно весьма важно для уголовнаго права, потому что отъ него зависитъ само существованіе этого права. Если нѣтъ свободы, то нельзя никого за дѣяніе его винить, а если нѣтъ вмѣненія, то не можетъ быть ни отвѣтственности, ни наказанія. Изъ поконъ вѣка ведется ожесточенный споръ по этому вопросу на поприщѣ естествознанія, богословія, философіи и нѣтъ надежды, чтобы когда нибудь этотъ споръ прекратился, потому что наше знаніе имѣетъ свои границы и не въ силахъ рѣшить его окончательно. Всякое абсолютное рѣшеніе этого вопроса въ смыслѣ отрицательномъ или положительномъ, противурѣчитъ дѣйствительности и опровергается неподлежащими сомнѣнію явленіями и фактами. Поборники безусловной свободы воли — спиритуалисты и мистики, видятъ въ человѣкѣ только овеществленный духъ, убѣждены въ полной его державности, въ абсолютномъ его господствѣ надъ плотью. Между тѣмъ опытъ доказываетъ, что игра нашихъ душевныхъ способностей обусловивается строеніемъ тѣла, воспріимчивостью нервовъ; что на настроеніе духа вліяетъ состояніе печени, что самый крѣпкій умъ слабѣетъ въ старости, что пороки и сумасшествіе передаются по наслѣдству, что характеръ народа и цѣлая цивилизація опредѣляются климатомъ или пищею, которою питается народъ, что достаточно удара по головѣ или сильнаго нервнаго сотрясенія для того, чтобы, такъ сказать, разбить въ дребезги умъ гордящійся знаніемъ и превратить человѣка въ безсмысленное животное, которое влачить можетъ еще долго потомъ свое ненужное существованіе. Съ другой стороны возраженія противу свободы воли дѣлаются на самыхъ разнообразныхъ основаніяхъ. Къ противникамъ начала свободы воли слѣдуетъ отнести германскій абсолютный идеализмъ (Гегель), толкующій много о свободѣ духа, но только абсолютнаго, а не индивидуальнаго; также людей придерживающихся богословскаго догмата предопредѣленія; но самые тяжкіе удары, направленные противу понятія свободы, идутъ изъ многочисленнаго лагеря современныхъ матеріалистовъ. Матеріализмъ сводитъ все сущее къ одному началу, точно также трансцендентальному, какъ и идея или абсолютъ идеалистовъ. Это начало — вещество съ присущими ему силами. Дерево, камень, животное, человѣкъ суть различныя состоянія одной и той-же матеріи, которая извѣстнымъ образомъ сгущаясь, сосредоточиваясь, устраиваясь, получаетъ тѣ или другія свойства физическія, химическія, физіологическія, и психологическія. Въ человѣкѣ нѣтъ ничего кромѣ матеріи; его мысль, творче-

ство, воля суть ни что иное, какъ извѣстныя движенія составныхъ частицъ его мозговаго вещества, которыя неуловимы до сихъ поръ только по недостатку наблюдательныхъ снарядовъ и сверхъ которыхъ ничего уже въ человѣкѣ и нѣтъ. Матеріализмъ берется все объяснить въ жизни человѣческой изъ одного построенія и функцій органовъ составляющихъ тѣло, но именно эта-то простота теоріи матеріализма всего болѣе подозрительна, и человѣкъ кажется тѣмъ сложнѣе, чѣмъ болѣе въ него всматриваться. Въ сущности матерія и сила матеріалистическаго міросозерцанія точно такія же отвлеченности, мифы недоступные наблюденію въ существѣ своемъ, какъ и идея и духъ; мифы подставляемые воображеніемъ тамъ, гдѣ обрывается знаніе положительное. Будемъ остерегаться и избѣгать крайностей въ вопросѣ о свободѣ воли; будемъ придерживаться опыта. Нашъ умъ имѣетъ способность все упрощать и объединять, отъ сложнаго онъ идетъ къ простому, но въ природѣ внѣшней на оборотъ, чѣмъ выше какое нибудь существо на лѣствицѣ созданій, тѣмъ оно сложнѣе, тѣмъ болѣе оно имѣетъ качествъ, тѣмъ разнообразнѣе жизненныя его отправленія. Камень и металлъ проще дерева, дерево проще животнаго, но ни что, конечно, не можетъ быть сложнѣе человѣка. Въ его тѣлѣ совершаются извѣстные процессы механическіе и физическіе, которые суть общіе и ему и всѣмъ веществамъ неорганическимъ. Кромѣ того его тѣло имѣетъ всѣ физіологическія свойства присущія всякому организму. Жизненныя отправленія его, какъ существа органическаго, сводятся къ двумъ рядамъ явленій: явленіямъ жизни растительной и явленіямъ жизни животной, изъ коихъ первыя служатъ основаніемъ и необходимымъ условіемъ для послѣднихъ. Къ явленіямъ жизни растительной принадлежатъ всѣ процессы питанія и развитія тѣлесныхъ органовъ (пищевареніе, выработка крови, питаніе, поддерживаніе и обновленіе костей, мускуловъ, мозга, нервовъ, всѣхъ вообще органовъ). Къ явленіямъ жизни животной принадлежатъ процессы воспріятія извнѣ впечатлѣній, переработки ихъ и воздѣйствія на міръ внѣшній. Но не все въ человѣкѣ объясняется посредствомъ его органическаго тѣлеснаго снаряда, который способенъ до извѣстной степени развиваться во времени и въ пространствѣ, но который съ минуты зачатія носитъ уже въ себѣ и зародышъ смерти. Есть цѣлый рядъ явленій доступныхъ наблюденію, необъяснимыхъ ни физикою, ни химіею, ни физіологіею, которыхъ внутреннюю недоступную для насъ сущность мы обозначаемъ словомъ: *душа* (psyche). Неизмѣримая бездна легла между человѣкомъ и міромъ животнымъ. Къ животному организму привошла въ человѣкѣ новая способность, такъ называемое внутреннее чувство или сознаніе, источникъ познанія несравненно болѣе богатый, нежели всѣ внѣшнія чувства. Съ помощью этой способности мы можемъ съ точностью услѣдить за всѣми отправленіями нашего ума, волненіями чувства, толчками воли. Какъ при

переходѣ отъ минерала къ растенію и животному нельзя остановиться на понятіяхъ механизма и химизма и для объясненія новыхъ явленій необходимо вставить новый коэффиціентъ: организмъ, такъ точно при переходѣ отъ животнаго къ человѣку и къ явленіямъ его сознанія, никакъ нельзя принимать ихъ за продолженія и преобразованія физіологическихъ отправленій тѣлеснаго организма. Жизнь души является какъ новая, специфически высшая отъ животной и отличная отъ нея ступень бытія.

Какая же связь, какое отношеніе между явленіями жизни физической, и явленіями жизни психической? Этотъ вопросъ гораздо труднѣе рѣшить, нежели вопросы о путяхъ звѣздъ, о туманныхъ пятнахъ или о внутренности земнаго шара, хотя надъ ними въ тысячу разъ больше работали. Такъ какъ нашему знанію доступны только явленія, а мы только посредствомъ воображенія представляемъ себѣ ихъ сущность, то съ расширеніемъ круга нашихъ наблюденій и опытовъ, измѣняются и наши представленія о сущности вещей. Но ежели намъ не дано рѣшить окончательно метафизическіе вопросы о сущности вещей, то мы можемъ однако при изученіи ихъ безпрестанно и безконечно къ истинѣ приближаться. На основаніи опыта мы можемъ сказать, что человѣкъ не есть овеществленный духъ, не есть также одна лишь одушевленная матерія; что онъ не состоитъ изъ двухъ приставленныхъ одна къ другой внѣшнимъ образомъ половинокъ, но есть соединеніе раздѣльныхъ для ума физическихъ и нравственныхъ силъ въ одно цѣлое, въ одно располагающее ими въ извѣстной степени, хотя и отъ нихъ зависящее *я*. Въ этомъ соединеніи, нашъ тѣлесный снарядъ съ его функціями составляетъ подкладку, основаніе, необходимое условіе жизни психической. Безъ тѣла нѣтъ души, дѣятельность души обусловливается здоровьемъ тѣла и въ особенности нормальнымъ состояніемъ главнаго органа его мозга. Болѣзненное состояніе мозга парализируетъ психическія способности и можетъ превратить человѣка въ безсознательное животное. Каждый изъ насъ получаетъ отъ родителей въ крови и мозгу результатъ всѣхъ предшествовавшихъ цивилизацій, но вмѣстѣ съ тѣмъ и расположеніе къ физическимъ и психическимъ болѣзнямъ и уродствамъ. Отъ преобладанія въ организмѣ той или другой системы органовъ зависитъ нашъ темпераментъ, отъ правильности пищеваренія—веселое или мрачное расположеніе духа; отъ устройства нашихъ фибръ нервныхъ зависитъ наша воспріимчивость и живость, наша талантливость, геніальность или тупость. Но съ другой стороны не подлежитъ сомнѣнію, что человѣкъ можетъ, опираясь на сознаніе, располагать и управлять данными ему отъ природы физическими и психическими способностями. Онъ можетъ требовать отъ своего ума, что бы умъ внималъ и работалъ; отъ фантазіи что бы она творила; онъ можетъ сказать страсти что бы она умолкла, сердцу что бы

оно не билось, воли что бы она того а не другаго желала; изъ многихъ противуположныхъ склоняющихъ его къ дѣйствію мотивовъ онъ можетъ выбрать тотъ или другой и дать ему надъ другими перевѣсъ. Человѣкъ властенъ свои физическія и психическія силы въ извѣстной степени вырабатывать и давать имъ сознательно хорошее или сознательно дурное направленіе. Онъ сознаетъ, что онъ есть сила дѣйствующая на внѣшность, что онъ есть причина изъ которой развертываются во внѣшности нескончаемые ряды перемѣнъ и явленій. Само понятіе силы и причинности взято изъ опыта психическаго; если бы этого опыта не было, то человѣкъ видѣлъ бы въ мірѣ внѣшнемъ только формы вещей въ пространствѣ, да послѣдовательность во времени ихъ движеній. Возможность лица самоопредѣляться къ дѣйствію, пока ему служатъ физическія силы, по мѣрѣ своего знанія и творчества, составляетъ свободу внутреннюю или свободу воли. Если бы этой свободы не было, то непонятно какимъ бы образомъ могло бы образоваться и понятіе объ ней; потому что оно не можетъ быть конечно заимствовано изъ міра внѣшняго посредствомъ чувственнаго опыта. Свобода внутренняя или свобода воли противуполагается свободѣ внѣшней или свободѣ дѣйствія, то есть независимости человѣка отъ внѣшнихъ вліяній. Гдѣ нѣтъ свободы воли, тамъ нѣтъ и свободы дѣйствія, но человѣкъ можетъ быть лишенъ свободы дѣйствія, сохраняя полную свободу воли, которой не можетъ у него отнять ни какая внѣшняя сила, пока тѣлесный его организмъ не поврежденъ или не разрушенъ. Состояніе человѣка, въ которомъ по присутствію въ немъ сознанія онъ внутренно свободенъ, такъ что совершаемыя имъ дѣйствія могутъ быть относимы на его счетъ, ставимы ему въ вину, называется состояніемъ *вмѣняемости* (Zurechnungsfähigkeit, imputabilitas). При доказанномъ состояніи вмѣняемости преступника, единственная возможность избѣжать отвѣтственности заключается въ томъ, что онъ докажетъ, что не имѣлъ свободы дѣйствія. На оборотъ состояніе въ которомъ по отсутствію или искаженію сознанія, дѣянія даннаго человѣка не могутъ быть признаваемы сознательными, называется состояніемъ *невмѣняемости.*

Вмѣняемость настаетъ не вдругъ; она начинается для человѣка, когда физическій его организмъ до извѣстной степени развитъ, она прерывается при временныхъ затмѣніяхъ сознанія, которыя бываютъ во время сна и при нѣкоторыхъ другихъ физіологическихъ и психическихъ процессахъ; она прекращается съ совершенною потерею сознанія; она уменьшается съ его извращеніемъ и искаженіемъ. Между полною вмѣняемостью и совершенною невмѣняемостью есть безчисленное множество оттѣнковъ, которыя весьма любопытны для психолога, но криминалиста занимаютъ лишь на столько, на сколько они пригодны для уголовнаго правосудія, то есть на сколько служатъ для практическаго отдѣленія

дѣйствій преступныхъ отъ дѣйствій непреступныхъ. Для насъ важна не нравственная вмѣняемость, то есть возможность отвѣтственности передъ совѣстью и общественнымъ мнѣніемъ, но юридическая вмѣняемость, то есть возможность отвѣтственности передъ правосудіемъ, которое гораздо менѣе взыскательно, то есть должно отступиться при малѣйшемъ сомнѣніи на счетъ отсутствія сознанія въ лицѣ виновника. Въ юридической вмѣняемости можно допустить только три ступени: 1) полную вмѣняемость, 2) полную невмѣняемость и 3) ослабленную вмѣняемость. Полная невмѣняемость устраняетъ всякую мысль о преступленіи уголовномъ; ослабленная вмѣняемость, не уничтожая вины, оказываетъ только вліяніе на смягченіе наказанія. Такъ какъ нормальное состояніе человѣка есть вмѣняемость, то слѣдуетъ разсмотрѣть только причины и случаи невмѣняемости, составляющей исключеніе изъ общаго правила. Тѣ же самыя причины, въ меньшемъ размѣрѣ взятыя, служатъ и причинами уменьшающими вмѣняемость безъ совершеннаго устраненія ея. Такимъ образомъ вся задача настоящаго раздѣла сводится къ опредѣленію причинъ невмѣняемости. Причины эти могутъ быть подраздѣлены на слѣдующіе разряды: A) недостаточное развитіе способности самоопредѣляться или воли; B) переходныя затмѣнія сознанія, случающіяся при извѣстныхъ отправленіяхъ физіологическихъ и психическихъ; C) болѣзни души.

СТАТЬЯ 1.

Неразвитость самоопредѣляемости въ человѣкѣ.

§ 45. Неразвитость воли объясняется или возрастомъ или физическими недостатками, которые не дали душѣ развернуться.

I. *Возрастъ.* Человѣкъ до сознанія, а слѣдовательно и до вмѣняемости доходитъ путемъ медленнаго продолжительнаго развитія. Состояніе уголовной вмѣняемости предполагаетъ въ лицѣ сознаніе своего *я*, сознаніе окружающаго лицо міра, и сознаніе извѣстныхъ нравственныхъ отношеній лица къ этому міру, извѣстныхъ обязанностей. Дитя долгое время не сознаетъ даже своего я; міръ внѣшній отпечатлѣвается въ умѣ ребенка въ фантастическихъ, причудливыхъ формахъ. Знакомясь съ міромъ внѣшнимъ, ребенокъ постигаетъ его сначала только въ отдѣльныхъ его явленіяхъ, но не какъ безконечную цѣпь причинъ и слѣдствій, слѣдовательно онъ не предвидитъ послѣдствій своихъ дѣяній. Гораздо позднѣе созрѣваютъ въ дитяти понятія о долгѣ, обязанности, справедливости. Когда же, съ какой минуты наступаетъ для дитяти

вмѣняемость? Когда начинаетъ оно нести уголовную отвѣтственность за свои поступки? Опытъ насъ учитъ: а) что это время никакъ не можетъ быть опредѣлено напередъ съ точностью; все зависитъ отъ субъекта, отъ его тѣлосложенія, отъ воспитанія, отъ климата, отъ множества причинъ постороннихъ, которыя невозможно предвидѣть и взвѣсить; в) что въ жизни одного и того же субъекта нѣтъ рѣзкой границы между дѣтствомъ и молодостью, незрѣлостью совѣсти и зрѣлостью. Свѣтъ разумѣнія озаряетъ лицо не вдругъ, а постепенно; понятія нравственныя выясняются ему обыкновенно гораздо раньше срока гражданскаго совершеннолѣтія. Что долженъ дѣлать законодатель? Совершенно ли отказаться отъ нормированія возраста и цѣликомъ предоставить судьѣ рѣшеніе вопроса: дѣйствовало ли дитя съ разумѣніемъ или нѣтъ? Но крайне странно было бы и неудобно привлекать къ отвѣтственности и предавать суду дѣтей 5, 6, 7 лѣтъ [1]). При томъ даже дѣйствуя съ помощью экспертовъ судья легко можетъ ошибиться; о развитии дитяти онъ судитъ по задаваемымъ ему вопросамъ и можетъ рѣшить, что дитя дѣйствовало съ разумѣніемъ, потому что оно знало о матеріальныхъ послѣдствіяхъ своего дѣйствія, хотя оно не могло имѣть должнаго понятія о величинѣ и тяжести нравственнаго зла, заключающагося въ его дѣяніи. Законодатель не долженъ пускаться въ излишнюю регламентацію, связывать судью, отнимать у него возможность примѣняться въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ къ особенностямъ развитія субъекта, но въ тоже самое время онъ не можетъ оставить вопросъ о возрастѣ въ совершенной неопредѣленности. Онъ не въ состояніи рѣшить положительно когда, съ какой минуты начинается для лица вмѣняемость; но онъ можетъ рѣшить этотъ вопросъ отрицательно: до какой поры дитя, чтобы оно ни дѣлало, не должно быть судимо и наказываемо по предполагаемому въ немъ недостатку сознанія и до какой потомъ поры для дитяти продолжается вмѣняемость относительная, ослабленная? Назначеніе этихъ сроковъ поведетъ конечно къ тому, что нѣкоторыя недѣлимыя преждевременно развившіяся, избѣгнутъ заслуженныхъ ими наказаній, но за то оно упроститъ производство дѣлъ о малолѣтнихъ, прекратитъ въ зародышѣ множество дѣлъ пустыхъ, а главное избавитъ юстицію отъ множества промаховъ и ничѣмъ не вознаградимыхъ ошибокъ. При установленіи сихъ сроковъ законодательство должно руководствоваться опытами антропологіи и статистики; оно должно обращать главное вниманіе на полъ мужской, созрѣвающій немного позже женскаго, такъ что срокъ невмѣняемости положенный для мальчиковъ, тѣмъ болѣе будетъ годиться и для дѣвочекъ. Законодатель долженъ оставить въ сторонѣ всѣ неправиль-

---

[1]) Примѣръ осмилѣтняго ребенка судимаго за преступленіе во Франціи въ XIX столѣтіи приводитъ Rossi, Traité du dr. p. t. II. p. 33. 2-e édition 1855.

ности, всѣ случаи скороспѣлости или запоздалости и прійти къ среднему выводу изъ возможно бо́льшаго числа наблюденій. Нашедши средній терминъ, законодатель обязанъ продолжить его немного, во избѣжаніе всякихъ ошибокъ, по правилу: *in dubio mitius*. Этотъ срокъ не можетъ быть одинаковъ въ разныхъ законодательствахъ. Онъ долженъ быть позднѣе у образованныхъ народовъ, нежели у необразованныхъ, въ климатахъ холодныхъ нежели въ жаркихъ [1]). При всемъ своемъ разнообразіи, законодательства положительныя могутъ быть сведены по вопросу о срокахъ уголовнаго совершеннолѣтія къ двумъ главнымъ системамъ. Одни изъ нихъ отличаются малочисленностью нормъ и предоставленіемъ большаго простора судьѣ; другія подробною регламентаціею сроковъ, оставляющею немногое на благоусмотрѣніе судьи. Къ первой системѣ принадлежатъ законодательства римское, французское, а изъ нѣмецкихъ прусское и отчасти баварское. Римское право допускало полную невмѣняемость младенцевъ (infantes), но концомъ младенчества оно полагало не годъ какой нибудь (напр. 7-ой), а тотъ моментъ, когда дитя начинаетъ уже правильно по человѣчески говорить (Infans—qui fari non potest [2]). Infantes не отвѣчали ни въ какомъ случаѣ передъ судомъ по правилу: infantem innocentia consilii tuetur (l. 12 D. ad legem Corn. de sicar.). Между младенчествомъ и отрочествомъ, которое наступало для женщинъ въ 12 а для мужчинъ въ 14 лѣтъ, было переходное время, въ теченіи котораго *impuberes*, подраздѣляемые на infantiae proximi и pubertati proximi, смотря по степени развитія, не считались въ состояніи безусловной невмѣняемости, но судья въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ долженъ былъ рѣшить, имѣлъ ли impubes rei intellectum, причемъ судья долженъ былъ обращать вниманіе не только на индивидуальное развитіе дитяти, но и на свойство преступленія, такъ что, напримѣръ, если данное дитя признавалось способнымъ совершить кражу, то отсюда еще не слѣдовало, чтобы оно могло совершить иное болѣе сложное и требующее большей зрѣлости преступленіе [3]) (l. 14. D. ad Scons. Silan; l. 23 D. de furtis). До нынѣ спорятъ о томъ, какому наказанію подлежалъ impubes дѣйствовавшій cum rei intellectu и слѣдовательно doli capax, полному или смягченному. Но съ наступленіемъ pubertatis отрокъ уравнивался по наказуемости со взрослыми. Этому же на-

---

[1]) *Hélie* въ Théorie du Code pénal édition Nypels (1860) замѣчаетъ (§ 756), что законодательства положительныя не обращаютъ никакого вниманія на бо́льшую скороспѣлость людей въ южныхъ климатахъ. Сроки невмѣняемости въ странахъ южныхъ часто продолжительнѣе подобныхъ же сроковъ въ сѣверныхъ странахъ.

[2]) Тексты приведены въ Théorie du code pénal изд. Нипельса § 747.

[3]) Сравн. *Rein*, Criminalrecht der Römer 1844. S. 207. *Bekker*, Theorie des heut. deuts. Strafrechts. 1859. S. 353.

правленію слѣдуютъ французскій code pénal 1810 г. (art. 66), прусскій кодексъ 1851 г. (§§ 42 и 43), и новый баварскій кодексъ 1861 г. (§§ 76, 81, 82); въ этихъ кодексахъ срокъ уголовнаго совершеннолѣтія полагается только одинъ — 16 лѣтъ. Срокъ этотъ соотвѣтствуетъ слѣдующимъ явленіямъ въ жизни человѣка. Около того времени, а бо̀льшею частію даже немного раньше, въ дитяти происходитъ огромный переломъ, могучее и быстрое преобразованіе и въ физическомъ отношеніи и въ психическомъ. Тѣло быстро растетъ, субъектъ чувствуетъ огромный аппетитъ и позывъ ко сну; кровь обращается скорѣе и приливаетъ къ расширяющимся и раздвигающимъ грудной ящикъ легкимъ; начинаются отправленія половыхъ органовъ; въ душѣ пробуждаются неиспытанные до сихъ поръ порывы и стремленія. Этотъ процессъ броженія проходитъ у многихъ субъектовъ къ исходу 14 лѣтъ, но у многихъ онъ запаздываетъ на одинъ, два года, такъ что въ избѣжаніе ошибокъ безопаснѣе отнести срокъ уголовнаго совершеннолѣтія къ исходу 16 лѣтъ. До 16 лѣтъ виновника защищаетъ *praesumptio innocentiae*, юридическое предположеніе о невинности по причинѣ возраста, то есть о томъ, что субъектъ дѣйствовалъ безъ надлежащаго разумѣнія о свойствѣ своего дѣянія (sans discernement, ohne Unterscheidungsvermögen). Впрочемъ это предположеніе не безусловное и можетъ быть опровергнуто доказательствомъ противнаго, то есть доказательствомъ того, что дѣйствовавшій свыше лѣтъ своихъ развитъ и разуменъ (средневѣковые юристы выражались, что въ подобныхъ случаяхъ malitia supplet aetatem, то есть, что чрезмѣрная злость заступаетъ недостатокъ возраста). Въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ судья долженъ рѣшить: a) могло ли дитя дѣйствовать съ разумѣніемъ или нѣтъ; и b) при утвердительномъ рѣшеніи предъидущаго вопроса: виновато ли оно въ томъ преступленіи въ которомъ обвиняется или нѣтъ? Если признано, что дитя дѣйствовало безъ надлежащаго разумѣнія, то оно освобождается отъ наказанія, но можетъ быть отдано по рѣшенію суда въ заведеніе исправительно-воспитательное (не на бо̀льшее однако время, какъ до достиженія имъ 20 лѣтняго возраста). Если признано, что дитя дѣйствовало съ разумѣніемъ то оно подвергается наказанію, но значительно смягченному. По достиженіи 16 лѣтъ преступникъ подлежитъ наказанію на общемъ основаніи, наравнѣ со всѣми взрослыми лицами [1]).

Ко второй системѣ принадлежатъ законодательства англійское, австрійское, почти всѣ нѣмецкія за исключеніемъ прусскаго и баварскаго. Сроковъ принимается нѣсколько: 1) одинъ для младенчества, до кото-

---

[1]) По новому баварскому кодексу § 82, преступнику имѣющему болѣе 16 лѣтъ, но недостигшему гражданскаго совершеннолѣтія, смертная казнь замѣняется пожизненною каторгою.

раго продолжается полная невмѣняемость: въ англійскомъ правѣ до 7 лѣтъ [1]), въ австрійскомъ (§§ 2, 237) и виртембергскомъ (§§ 95, 96) до 10 лѣтъ; въ баденскомъ (§§ 66, 62), ганноверскомъ (§ 37), гессенъ-дармштатскомъ (§§ 78, 79), ольденбургскомъ (§ 38), саксонскомъ (§§ 88, 90) и брауншвейгскомъ (§ 60) — до 14 лѣтъ. 2) Другой срокъ которымъ заканчивается періодъ относительной условной вмѣняемости и значительно смягченныхъ наказаній (въ Англіи и Виртембергѣ — до 16 лѣтъ, въ Саксоніи до 18 лѣтъ. 3) Третій срокъ обозначаетъ возрастъ вмѣняемости, но съ нѣкоторымъ смягченіемъ наказаній, по уваженію къ тому, что субъектъ не совсѣмъ еще сложился (въ Австріи до 20 лѣтъ, въ Гессенъ-Дармштадтѣ до 18, въ Брауншвейгѣ до 21 года, въ Англіи по нѣкоторымъ преступленіямъ до 21 года). Только по минованіи этого послѣдняго срока возрастъ перестаетъ имѣть вліяніе на наказуемость.

Которая изъ изложенныхъ двухъ системъ лучше? Кажется слѣдовало бы выбрать нѣчто среднее и установить два срока: однимъ ограничить возрастъ полной невмѣняемости, который можно бы довести до 10 лѣтъ; другимъ, 16 лѣтнимъ, ограничить возрастъ предполагаемой условной невмѣняемости со смягченіемъ наказаній. Затѣмъ по минованіи этого срока, нѣтъ надобности даже смягчать наказаніе въ видѣ постояннаго правила, потому что если въ данномъ случаѣ субъектъ окажется заслуживающимъ снисхожденіе по неопытности, невыработанности характера, неумѣнію сдерживать порывы страсти, то судья долженъ принять эти данныя за обстоятельства смягчающія вину, но они не всегда на лицо. Преступный юноша можетъ оказаться преждевременно испорченнымъ и закаленнымъ въ злодѣйствѣ. Судамъ, освобождающимъ отъ наказанія дѣтей отъ 10—16 лѣтъ по недостатку разумѣнія, надлежало бы предоставить право отдавать ихъ до извѣстнаго возраста въ заведенія исправительно-воспитательныя [2]).

Примѣчаніе. На другомъ концѣ жизни, теряя постепенно силы физическія и психическія, человѣкъ впадаетъ въ состояніе престарѣлости подобное дѣтству (senectus decrepita). Однако нѣтъ надобности помѣщать престарѣлость въ числѣ причинъ невмѣняемости, опредѣлять напримѣръ, что съ достиженіемъ 70 или 80 лѣтъ, человѣкъ перестаетъ отвѣчать за свои поступки. Не всѣ старики впадаютъ въ это второе дѣтство; нѣкоторые хранятъ и за сто лѣтъ ясный умъ, память, твердую

---

[1]) *Stephen*, Summary of the criminal law. 1834 p. 3.

[2]) Эти сроки и мѣры предлагаетъ *Kräwel* въ своемъ проектѣ общегерманскаго уголовнаго кодекса (Entwurf nebst Gründen zu dem allgemeinen Theile eines für ganz Deutschland geltenden Strafgesetzbuches 1862). Сверхъ того онъ требуетъ (S. 98), чтобы для преступниковъ моложе 20 лѣтъ, смертная казнь и пожизненная каторга замѣняемы были каторгою на время не болѣе 20 лѣтъ.

волю. Если для кого нибудь и наступила престарѣлость, соединенная съ потерею сознанія, то онъ потерялъ умъ, слѣдовательно его состояніе надобно отнести къ повреждeніямъ психическимъ.

II. *Физическіе недостатки*, препятствующіе развитію сознанія. Сюда относятся идіотизмъ (fatuitas) и глухонѣмота. Идіотизмъ бываетъ врожденный или происшедшій отъ потери ума, вслѣдствіе болѣзни психической, по сему его и можно отнести къ вопросу о болѣзняхъ психическихъ. Глухонѣмотою называется недостатокъ слуха и проистекающая отъ сего неспособность говорить. Нельзя безусловно отрицать вмѣняемость въ глухонѣмыхъ. Надобно различать глухонѣмоту отъ рожденія и глухонѣмоту потомъ воспослѣдовавшую, причемъ важно знать когда она послѣдовала, тогда ли когда субъектъ былъ до извѣстной степени развитъ или нѣтъ. Вмѣняемость можетъ существовать даже и для глухонѣмыхъ отъ рожденія, потому что впечатлѣнія внѣшняго міра могутъ отражаться въ ихъ сознаніи и содѣйствовать выработкѣ понятій не посредствомъ слуха, но посредствомъ другихъ чувствъ. Новѣйшіе опыты воспитанія доказали возможность пробужденія въ глухонѣмыхъ отвлеченныхъ нравственныхъ понятій и указали на капитальное различіе между глухонѣмыми получившими воспитаніе и не получившими его. Въ отношеніи къ первымъ должна быть допускаема полная невмѣняемость; въ отношеніи ко вторымъ вмѣняемость только предполагается до доказанія, что они дѣйствовали съ разумѣніемъ, но въ такомъ случаѣ наказаніе должно быть смягчаемо, потому что глухонѣмые склоннѣе другихъ къ порывамъ гнѣва, къ зависти, злости; что знаніе ихъ не полное и что воспитаніе рѣдко успѣваетъ подавить въ нихъ дурныя наклонности.

СТАТЬЯ 2.

Переходныя затмѣнія сознанія.

§ 46. Къ нимъ слѣдуетъ отнести: сонъ, опьяненіе, нѣкоторыя болѣзни тѣла и сильныя волненія душевныя.

I. *Сонъ*. Въ снѣ можно отличать нѣсколько оттѣнковъ: сонъ простой, сонъ тревожимый сновидѣніями, просонки, сонноходство или сомнамбулизмъ (лунатизмъ). Dormiens furioso aequiparatur, говоритъ старинный криминалистъ Farinacius (quaest. 98 n.º 63). Было мнѣніе, что лунатику можетъ быть поставлено въ вину преступленіе задуманное на яву и исполненное среди лунатическаго сна, но это мнѣніе неосновательно. Лунатикъ имѣетъ, положимъ, мысль преступную, которую обнаружилъ во время сна, но за мысль никто не наказывается, а

дѣло совершенное безъ сознанія, не можетъ быть отнесено на счетъ воли дѣйствовавшаго. Если бы онъ не страдалъ сонноходствомъ, то можетъ быть онъ никогда бы эту мысль не осуществилъ.

II. *Опьяненіе и пьянство* (ebrietas и ebriositas, ivresse и ivrognerie, Trunkenheit и Trunksucht). Нѣтъ сомнѣнія, что добровольное опьяненіе есть состояніе недостойное человѣка, что при частомъ его повтореніи оно можетъ превратиться въ привычку пьянства. Оно въ извѣстной степени можетъ быть опасно для общества, потому что располагаетъ къ дракамъ, буйству, соблазну, неосторожностямъ. Многія законодательства считаютъ опьяненіе полицейскимъ проступкомъ и подвергаютъ его легкимъ наказаніямъ. Опьяненіе имѣетъ нѣсколько ступеней: разгоряченіе и веселое расположеніе духа, опохмѣленіе, наконецъ опьяненіе доходящее до совершеннаго безпамятства. Если пришедши въ состояніе граничащее съ безпамятствомъ, человѣкъ совершилъ какое нибудь дѣйствіе весьма вредное, котораго послѣдствія онъ долженъ бы былъ предвидѣть, если бы былъ трезвъ (напр. убилъ кого нибудь), то нѣтъ сомнѣнія, что съ него можно взыскать какъ за неосторожность преступную (culpa). Но можетъ ли дѣяніе совершенное человѣкомъ совершенно пьянымъ, быть наказано какъ умышленное? Этотъ вопросъ отвлеченно взятый, не представляетъ затрудненій, потому что безпамятство и умыселъ исключаютъ себя взаимно и не могутъ совмѣщаться въ одно и тоже время въ одномъ и томъ же лицѣ. Но законодательства положительныя не помѣщаютъ обыкновенно пьянство въ числѣ причинъ невмѣняемости (за исключеніемъ австрійскаго, которое исключаетъ вмѣняемость въ тяжкихъ преступленіяхъ, по причинѣ совершеннаго опьяненія, но строго наказываетъ его какъ полицейскій проступокъ (§§ 2, 236); также и баварскаго 1861 г. (§ 67). Причины ихъ молчанія слѣдующія: a) весьма трудно отличить опьяненіе притворное отъ настоящаго и опьяненіе неполное съ безсвязностью въ рѣчахъ, но съ сознаніемъ, отъ опьяненія помрачающаго сознаніе; b) законодательства боятся узаконить порокъ, и допустить предлогъ, съ помощью котораго многіе преступники избѣгали бы заслуженнаго наказанія. Если опьяненіе будетъ поставлено въ число причинъ невмѣняемости, то судьи не будутъ доискиваться, доходило ли опьяненіе до безпамятства, но былъ ли пьянъ преступникъ или нѣтъ; они будутъ освобождать его отъ наказанія, коль скоро обнаружены будутъ какіе нибудь доводы его опохмѣленія. Вообще надобно различать: a) опьяненіе полное и неполное; b) опьяненіе умышленное и невольное (ebrietas procurata). Опьяненіе не полное, если оно было умышленное, то есть учиненное съ цѣлію смѣлѣе совершить преступленіе, не ослабляетъ вмѣняемости и не смягчаетъ наказанія. Опьяненіе неполное невольное, хотя и не уничтожаетъ вмѣняемости, но можетъ служить ослабляющимъ вину обстоятельствомъ. Оно походитъ по своимъ

послѣдствіямъ на сильное волненіе чувства, при которомъ человѣкъ теряетъ способность самообладанія. Опьяненіе полное невольное уничтожаетъ всякую вмѣняемость. Опьяненіе полное добровольное не уничтожаетъ вполнѣ вмѣняемости, но устраняетъ возможность считать преступленіе умышленнымъ; но дѣйствіе добровольно напившагося до безпамятства можетъ быть наказано какъ преступная неосторожность. Законодательство можетъ и не упоминать объ опьяненіи при опредѣленіи причинъ невмѣняемости; достаточно когда оно поставитъ правиломъ, что всякая потеря сознанія извиняетъ преступника. Это правило будетъ достаточно защищать и тѣхъ, коихъ безпамятство происходило отъ опьяненія и тѣхъ коихъ безпамятство происходило отъ другихъ причинъ. Во всякомъ случаѣ опьяненіе не предполагается, но должно быть положительно доказано лицомъ, приводящимъ его въ свое оправданіе (Ebrius non praesumitur, onus probandi incumbit alleganti, говоритъ Farinacius, quaest. 93 n° 23).

Отъ повторяемаго опьяненія можетъ родиться страсть къ горячимъ напиткамъ — пьянство (ebriositas), которая искажая психическія способности, можетъ наконецъ превратиться въ настоящую психическую болѣзнь—бѣлую горячку (delirium tremens, excandescentia furibunda), соединенную съ галлюцинаціями зрѣнія, слуха, осязанія. Эти послѣдствія пьянства, переходя въ сумашествіе, могутъ наравнѣ съ сумашествіемъ служить причинами совершенной невмѣняемости.

III. Нѣкоторыя *болѣзненныя состоянія тѣла*, соединенныя съ умоизступленіемъ и безпамятствомъ (лихорадка съ бредомъ) и нѣкоторые переходы въ жизни человѣка, сопровождаемые раздраженіемъ похотей естественныхъ (беременность, переходъ у мальчиковъ отъ дѣтства къ отрочеству, satyriasis, nymphomania). Нѣкоторыя изъ этихъ переходныхъ состояній отличаются сильными влеченіями къ зажигательству (pyromania), убійству, кражѣ, такъ что человѣкъ повидимому обладаетъ полнымъ сознаніемъ, а между тѣмъ теряетъ господство надъ собою и своими дѣйствіями. Психіатры называютъ это состояніе mania sine delirio или mania occulta, впрочемъ споръ еще не конченъ относительно возможности такого состоянія: оно служитъ переходомъ къ болѣзнямъ психическимъ.

IV. *Сильныя душевныя волненія* (*affectus*). Такъ называются движенія чувства, потрясающія весь организмъ человѣка и отражающіяся по всѣхъ его отправленіяхъ (гнѣвъ, отчаяніе, страхъ). Въ противуположности съ волненіемъ чувства, *страсть* (passio, Leidenschaft), есть неправильное развитіе какой нибудь похоти на счетъ всѣхъ другихъ силъ и способностей человѣка (честолюбіе, любовь, зависть, гордость), иными словами направленіе воли къ одной какой нибудь цѣли, превратившееся въ привычку. Душевное волненіе, доведен-

ное до крайняго предѣла (furor transitorius), можетъ почти совсѣмъ помрачить сознаніе и потому если не уничтожить, то по крайней мѣрѣ значительно ослабить вмѣняемость, а слѣдовательно и наказаніе. Справедливость требуетъ отличать дѣйствіе совершенное съ холодною обдуманностью отъ дѣйствія совершеннаго при сильномъ внезапномъ душевномъ потрясеніи, когда мысль и исполненіе совпали почти въ одномъ и томъ же моментѣ. (Напр. X совершилъ убійство изъ корыстныхъ видовъ. Z пойманный въ прилюбодѣяніи съ женщиною мужемъ ея, вооружается чѣмъ попало и убиваетъ мужа. Мужъ X застаетъ жену съ любовникомъ въ прелюбодѣяніи и убиваетъ ихъ. Во всѣхъ сихъ случаяхъ вина неодинакова). Что касается до страсти, то она не извиняется тѣми причинами, которыя заставляютъ насъ быть снисходительными для волненія душевнаго. Страсть можетъ быть холодная, съ полнымъ сознаніемъ. Она укореняется медленно и до того порабощаетъ человѣка, что наконецъ онъ дѣлается какъ бы маніакомъ и только и думаетъ о предметѣ своей страсти. Если увлекаемый страстью онъ совершилъ преступленіе, то его накажутъ и справедливо, потому что онъ не долженъ былъ поддаваться страсти.

СТАТЬЯ 3.

Психическія болѣзни и уродства [1]).

§ 47. По понятіямъ всѣхъ полудикихъ народовъ сумашедшій считается существомъ святымъ, божіимъ человѣкомъ, вносящимъ счастіе въ домъ, которымъ онъ призрѣнъ, существомъ притомъ невиннымъ, не могущимъ грѣшить, не отвѣчающимъ за свои дѣла. Этотъ взглядъ на сумашествіе объясняется отчасти склонностью младенческихъ народовъ относить на счетъ Бога все загадочное, причудливое, неподходящее подъ общія правила; отчасти же въ немъ высказывается облеченный въ религіозную форму инстинктъ братолюбія, потребность милосердія и состраданія ко всему что способно чувствовать, радоваться или скорбѣть. У народовъ болѣе образованныхъ, поврежденный на умѣ не перестаетъ быть лицомъ безотвѣтственнымъ передъ уголовнымъ правосудіемъ. Furiosum fati infelicitas excusat; satis furore ipso punitur, говорило римское право (l. 12 D. ad legem Corn. de sic.; l. 9 § 2 D. ad leg. Pomp. de paric). Нѣтъ ни одного законодательства положительнаго, которое бы не считало сумашествія обстоятельствомъ извиняющимъ дѣй-

---

[1]) *H. Ellinger*—Antropologische Momente der Zurechnungsfähigkeit. S. Gallen 1861.

ствующее лицо и дѣлающимъ его неспособнымъ къ совершенію юридическихъ преступленій. Законодательства положительныя обыкновенно ограничиваются однимъ поименованіемъ сумашествія, за тѣмъ они предоставляютъ практикѣ судебной и медикамъ экспертамъ рѣшить въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, было ли сумашествіе дѣйствительное или нѣтъ [1]). Наука уголовнаго права не можетъ довольствоваться столь простымъ рѣшеніемъ вопроса посредствомъ отнесенія всѣхъ поврежденій психическихъ въ область судебной медицины. Въ жизни нѣтъ рѣзкихъ граней между здоровьемъ и болѣзнью; въ умѣ и характерѣ каждаго изъ насъ есть странности, загвоздки, предразсудки, заблужденія; есть зародыши, изъ коихъ могутъ развиться психическія болѣзни. Сама болѣзнь проходитъ множество ступеней, пока не затемнитъ или не исказитъ сознанія до того, что всякое вмѣненіе станетъ невозможнымъ. Вотъ почему необходимо коснуться вопросовъ: что также психическія болѣзни? какіе ихъ виды и признаки? какое ихъ вліяніе на юридическую вмѣняемость?

Изъ того что данный человѣкъ разсуждаетъ, чувствуетъ, дѣйствуетъ не такъ, какъ бы дѣйствовали въ томъ же положеніи другіе люди, еще не слѣдуетъ чтобы онъ былъ сумашедшій; онъ можетъ быть просто чудакъ; онъ можетъ быть геніаленъ и переходить за среднюю мѣрку порядочности житейской или онъ можетъ быть просто глупъ и не доходить до этой мѣрки. Логика его можетъ быть странная, взглядъ его узокъ, вкусъ его развращенъ и испорченъ, но всѣ эти обстоятельства не даютъ еще права думать, что этотъ человѣкъ сумашедшій. Бываютъ ужасающіе примѣры homicidii bestialis, т. е. убійства совершаемаго по страсти къ убійству, которыхъ виновники оказывались одаренными полною мѣрою ума и воли, требуемою для уголовной отвѣтственности. Психическія болѣзни тѣмъ отличаются отъ глупости, звѣрства, жестокости, что какія бы не были породившія ихъ причины, наслѣдственное ли къ нимъ расположеніе или потрясеніе психическое или излишество въ употребленіи силъ физическихъ, умственное поврежденіе отражается въ отправленіяхъ физическихъ организма, такъ что болѣзнь души есть вмѣстѣ съ тѣмъ и болѣзнь тѣла, состояніе его патологическое. Болѣзненные симптомы въ тѣлѣ даютъ возможность заглянуть въ душу, удостовѣриться въ наличности психическаго растройства, слѣдить за его ходомъ, отличить притворное отъ настоящаго и вывести изъ болѣзни невмѣняе-

---

[1]) Изъ иностранныхъ законодательствъ французское (art. 64), прусское (40), австрійское (§ 2) предоставляютъ судьѣ выборъ только между полною вмѣняемостью и полною невмѣняемостью. Почти всѣ другія нѣмецкія законодательства допускаютъ еще ослабленную вмѣняемость по причинѣ не полнаго психическаго разстройства, со смягченіемъ наказанія (брауншвейгское § 66, баварское § 67, 68, баденское § 152, гессенъдарштадское § 131, виртембергское § 59, ганноверское § 94, саксонское § 88).

мость. Обыкновенный ходъ психическихъ болѣзней, допускающій однако многія изъятія и уклоненія, есть слѣдующій. Бо̀льшею частію болѣзнь психическая начинается съ раздраженія тѣхъ органовъ, посредствомъ которыхъ впечатлѣнія передаются мозгу. Нервы чувства раздражены; раздражительность эта можетъ быть мѣстная, такъ что дѣлаясь необыкновенно чувствительнымъ для извѣстнаго рода впечатлѣній (звука, свѣта) въ тоже время субъектъ дѣлается менѣе чувствительнымъ относительно другихъ впечатлѣній (теплоты, осязанія). Въ способности чувствовать происходитъ странная перемѣна: субъектъ чувствуетъ не такъ какъ другіе; онъ безъ причины смѣется и плачетъ, восторгается и приходитъ въ отчаяніе. Дивагаціи чувства дѣйствуютъ на умъ и даютъ представленіямъ о предметахъ внѣшняго міра фальшивую, неестественную, яркую или мрачную окраску. Изъ ложныхъ представленій умъ вырабатываетъ ложныя понятія; фантазія создаетъ ему образы столь выпуклые и живые, что субъектъ принимаетъ ихъ за дѣйствительность. Возникаетъ цѣлый міръ иллюзій, мечтаній, галлюцинацій (delirium, бредъ). Помѣшавшійся живетъ въ двойномъ мірѣ: реальномъ и мечтательномъ. Оступаясь все дальше въ міръ мечтательный, онъ разрываетъ наконецъ всѣ связи съ дѣйствительностью. Самосознаніе своего я искажается; помѣшанный представляетъ себя то птицею, то звѣремъ; чувствуетъ въ тѣлѣ своемъ присутствіе духовъ; ему кажется, что его преслѣдуетъ и передразниваетъ его двойникъ, точь въ точь на него похожій. Болѣзнь распространяется на нервы движенія. Больной не въ состояніи совладать и со своими членами, дѣлаетъ странныя выходки, жесты; впадаетъ въ остолбененіе или мечется. Наконецъ даже и въ процессахъ жизни растительной происходятъ замѣтныя перемѣны: ускоренное кровообращеніе, учащенное біеніе сердца, приливъ крови къ головѣ, особенное выраженіе лица и глазъ, усиленный апетитъ, особенный запахъ пота, безсонница. Болѣзнь развивается, видоизмѣняется въ своихъ симптомахъ и оканчивается или совершеннымъ помѣшательствомъ и слѣдующимъ за тѣмъ безуміемъ, отупѣніемъ или доходитъ до выздоровленія. Психическія болѣзни разнообразны до безконечности. Подробное ихъ разсмотрѣніе входитъ въ область судебной медицины и психіятріи. Ограничимся общею ихъ классификаціею сдѣланною Флемингомъ и приведенною Эллингеромъ въ его сочиненіи о вмѣняемости (стр. 132—137).

Онѣ дѣлятся на двѣ главныя группы:

Первую группу образуетъ слабоуміе (infirmitas) или отупѣніе способностей психическихъ, которое бываетъ или врожденное (congenita) или потомъ воспослѣдовавшее (acquisita) отъ болѣзни или отъ старости (e morbo или senilis). Слабоуміе бываетъ притомъ или общее (sparsa) или касающееся одной какой нибудь способности, напр. памяти (ad-

stricta). Крайній предѣлъ слабоумія составляетъ amentia—совершенная потеря памяти, ума, воли, сознанія.

Другую группу составляетъ помѣшательство (vesania); извращеніе и искаженія душевныхъ способностей. Оно имѣетъ слѣдующіе главные оттѣнки: 1) dysthymia, или помѣшательство съ разстройствомъ главнымъ образомъ воспріимчивости, наклонностей и вкусовъ (melancholia, nostalgia, d. candida seu hilaris); 2) anoësia или помѣшательство съ разстройствомъ главнымъ образомъ познавательныхъ способностей или интеллекта. Сюда надобно отнести всевозможные виды бреда (deliria), относящіеся или къ чувственнымъ представленіямъ (hallucinationes) или къ идеямъ (Wahnwitze, idées fixes); 3) mania или помѣшательство съ разстройствомъ одновременно и въ чувственныхъ и въ умственныхъ отправленіяхъ. Этотъ видъ сумасшествія доходящій до бѣшенства бываетъ общій или частный. Частное сумасшествіе или мономанія всего труднѣе излѣчимо. Умъ мономана помѣшанъ въ одномъ какомъ нибудь направленіи, на нѣсколькихъ только предметахъ. Обо всѣхъ остальныхъ онъ судитъ здраво, но лишь только задѣть его конекъ, тотчасъ онъ начинаетъ бредить и обнаруживаетъ тѣмъ сумасшествіе.

При такомъ разнообразіи психическихъ поврежденій понятно что психическія болѣзни уничтожаютъ вмѣняемость не всѣ, и не во всѣхъ своихъ періодахъ и моментахъ. Въ постоянномъ своемъ развитіи болѣзнь сначала только ослабляетъ вмѣняемость; только потомъ, когда она разовьется до извѣстной степени, она превращаетъ человѣка въ существо юридически безотвѣтственное. Раздраженіе нервовъ, ипохондрію, меланхолію нельзя принять за обстоятельства, извиняющія преступника. Даже вопросъ о мономаніи безъ бреда споренъ и представлено много весьма серьезныхъ мнѣній относительно наказуемости мономановъ, если предметъ ихъ преступленія не находился ни въ какой связи съ ихъ коньками, потому что мономанъ не лишенъ сознанія и можетъ очень хорошо понимать противузаконность своихъ поступковъ, что манія часто есть результатъ страсти, которой человѣкъ далъ укорениться до того, что она овладѣла всѣмъ его существомъ, наконецъ что каждый изъ насъ имѣетъ въ умѣ и сердцѣ задатки страстей и заблужденій, причудъ и загвоздокъ, изъ которыхъ могутъ впослѣдствіи развернуться разнообразнѣйшія маніи и уродства; въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ при пособіи экспертовъ—медиковъ, судья долженъ рѣшить: a) боленъ ли человѣкъ психически? и b) ослабляетъ ли только эта болѣзнь или и совсѣмъ уничтожаетъ вмѣняемость въ субъектѣ? При этомъ рѣшеніи дѣятельность медика и судьи находятся между собою въ такомъ отношеніи, что медикъ судитъ о томъ здоровъ ли субъектъ или боленъ и долженъ указать на симптомы болѣзни, а судья рѣшаетъ, основываясь на этихъ данныхъ, былъ ли субъектъ

въ состоянiи невмѣняемости или вмѣняемости, полной или ослабленной [1]). Какъ судья такъ и медикъ основываютъ свои сужденiя: a) на изученiи состава преступленiя (иногда самъ способъ совершенiя преступленiя столь страненъ, мотивы преступника столь непонятны что заставляютъ догадываться о умопомѣшательствѣ преступника); b) на изученiи тѣлеснаго организма субъекта; c) на изученiи психическихъ отправленiй субъекта посредствомъ продолжительныхъ и разнообразныхъ разговоровъ съ нимъ, о множествѣ предметовъ; d) наконецъ на уразумѣнiи внутренней связи между симптомами болѣзни и опредѣленiи какое мѣсто занимаютъ эти симптомы въ цѣломъ ходу развитiя болѣзни, иными словами какому перiоду болѣзни они соотвѣтствуютъ.

РАЗДѢЛЪ III.

Внѣшняя сторона преступленiя: дѣйствiе и дѣло.

§ 48. Преступленiе имѣетъ двѣ стороны: объективную (дѣйствiе внѣшнее съ его послѣдствiями) и субъективную (руководимая знанiемъ воля). Эти два элемента находятся между собою въ такомъ отношенiи, какъ содержанiе и форма, какъ духъ и тѣло. Злая воля есть главное въ преступленiи; въ законодательствахъ сколько нибудь образованныхъ въ ней лежитъ центръ тяжести преступленiя. Но эта воля сама въ себѣ взятая есть нѣчто безплотное, неуловимое, не подлежащее уголовному правосудiю. Съ другой стороны какъ бы вредны не были послѣдствiя внѣшняго дѣйствiя, въ уголовномъ отношенiи оно еще безцвѣтно, если брать его само по себѣ, безъ связи съ одушевлявшимъ его намѣренiемъ; но въ связи съ намѣренiемъ оно есть какъ бы видимая, осязаемая оболочка злой воли, съ помощью коей можно измѣрить степень злой воли, ея особенности, ея свойства и на основанiи этой оцѣнки прiискать соотвѣтствующее преступленiю наказанiе.

---

[1]) *Berner*, Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre, 1843. S. 305.

Настоящій раздѣлъ посвященъ разбору одной только объективной стороны преступленія. Предположимъ что другая, субъективная сторона (злая воля) имѣется, то есть что субъектъ въ данномъ случаѣ дѣйствовалъ намѣренно, или, если выражаться технически — умышленно. По своему внѣшнему виду преступленіе бываетъ или положительное или отрицательное, то есть оно можетъ состоять въ преступномъ содѣяніи (commissio) или преступномъ упущеніи (omissio). Преступныхъ упущеній мало, они наказываются рѣдко, но все таки они попадаются на практикѣ. Въ нихъ тѣже элементы, но только отрицательные: есть и воля, но направленная къ нечиненію того что слѣдуетъ, есть и дѣйствіе, но состоящее въ непроизведеніи перемѣны въ мірѣ внѣшнемъ, которую субъектъ обязанъ былъ произвести; есть и вредныя послѣдствія дѣйствія или бездѣйствія. Оставимъ въ сторонѣ на нѣкоторое время преступленія отрицательныя (упущенія) и остановимся на однихъ положительныхъ. Воля какъ содержаніе преступленія, и дѣло какъ его форма, могутъ быть между собою въ различныхъ отношеніяхъ. 1) Они могутъ находиться въ полнѣйшемъ между собою согласіи, равновѣсіи. Это равновѣсіе состоитъ въ томъ, что воля осуществилась вполнѣ въ мірѣ внѣшнемъ; что выполняя всю оболочку дѣла, воля проникаетъ во всѣ его изгибы; что въ послѣдствіяхъ дѣйствія нѣтъ ничего, что бы не было знаемо и желаемо и на оборотъ всѣ подробности дѣла могутъ быть отнесены на счетъ воли, какъ послѣдствія на счетъ своей причины. Такое согласіе полное воли и дѣла называется *совершеніемъ* преступленія. 2) Дѣло какъ форма можетъ быть богаче своего содержанія — воли и заключать въ себѣ многое, что не было знаемо и желаемо субъектомъ, что невытекаетъ изъ воли, какъ изъ своего иеточника. Такое отношеніе между волею и дѣломъ называется или *случаемъ*, при полномъ отсутствіи злой воли, или *неосторожностью*, при малой долѣ злой воли, растворенной въ значительномъ количествѣ вреда. 3) Воля, какъ содержаніе, можетъ быть богаче дѣла. Намѣреніе не выполнено; вреда причинено мало, однако въ томъ что сдѣлано злая воля до того обрисовалась, что посредствомъ содѣяннаго можно приблизительно измѣрить злую волю и основать на этомъ измѣреніи уголовную отвѣтственность виновника. Такое отношеніе воли къ дѣлу, въ которомъ воля идетъ дальше дѣла и выражаетси въ немъ не вполнѣ, называется покушеніемъ на преступленіе.

Не будемъ пока касаться неосторожности. Это такой оттѣнокъ въ настроеніи злой воли, который всего приличнѣе разсмотрѣть въ слѣдующемъ раздѣлѣ, въ ученіи о субъективной сторонѣ преступленія. Ограничимся теперь одними дѣяніями намѣренными, умышленными, выполняемыми цѣликомъ злою волею. Разсмотримъ два остальные вида отношеній между волею и дѣломъ: совершеніе преступленія и покушеніе

на преступленіе. Въ обоихъ мѣра нравственнаго зла одинакова; они разнятся между собою количествомъ зла матеріальнаго, которое слабѣетъ въ покушеніи, а пропорціонально его убавкѣ стушевывается, улетучивается и само преступленіе; оно расплывается, и становится чѣмъ то столь туманнымъ, что правосудіе, во избѣжаніе промаховъ и ошибокъ должно наконецъ отказатся отъ всякихъ поисковъ и преслѣдованій. Поведемъ нашъ анализъ по ступенямъ; начнемъ съ полнаго осуществленія злой воли въ дѣяніи, потомъ перейдемъ къ покушенію съ его различными оттѣнками, потомъ къ приготовленію, наконецъ къ голому умыслу. При изученіи каждой ступени постараемся опредѣлить: подлежитъ ли на этой ступени нравственное зло наказанію и въ какой мѣрѣ взятому.

§ 49. I. *Совершеніе преступленія* (delictum consummatum, Vollendung). Такъ называется тотъ случай, когда преступникъ произвелъ въ мірѣ внѣшнемъ ту перемѣну, которая составляла цѣль непосредственную его дѣйствія, иными словами когда дѣйствіе преступника увѣнчалось тѣми вредными послѣдствіями, ради которыхъ и установленъ законъ уголовный (напр. убійца нанесъ смертельную рану, огонь подложенный рукою зажигателя распространился на строеніе, воръ завладѣлъ чужими вещами). При опредѣленіи наказаній за тѣ или другія преступленія законъ уголовный беретъ всегда за основаніе совершеніе преступленія.

II) *Преступленіе конченное но неудавшееся* (conatus perfectus, delictum perfectum, délit manqué, fehlgeschlagener или beendigter Versuch). Неудавшимся преступленіемъ называется тотъ случай, когда преступникъ предпринялъ все что нужно было для совершенія преступленія, но ожидаемый результатъ не воспослѣдовалъ, вслѣдствіе какихъ нибудь непредвидимыхъ преступникомъ обстоятельствъ. Въ дѣяніи надо различать дѣйствіе преступника и дѣло или перемѣну произведенную этимъ дѣйствіемъ въ мірѣ внѣшнемъ. Дѣйствіе зависитъ отъ преступника, но послѣдствіями его онъ не вполнѣ располагаетъ, потому что оно зависитъ отъ множества внѣшнихъ силъ, обстоятельствъ, причинъ. Онъ расчитывалъ на содѣйствіе этихъ силъ, но обсчитался (напр. пуля пронеслась мимо, кинжалъ при ударѣ изломился, принявшій отраву человѣкъ употребилъ во̀время противуядіе). Что преступленіе неудавшееся наказуемо не смотря на неудачу — это не подлежитъ ни малѣйшему сомнѣнію. Только у неразвитыхъ народовъ неумѣющихъ вникать въ волю преступника, преступленіе оцѣнивается лишь по количеству причиненнаго вреда; устроившееся общество казнить не только за нарушеніе права, но и за всякое на него посягательство, за преступную на него рѣшимость, а въ преступленіи неудавшемся рѣшимость эта очевидна. Но слѣдуетъ ли уравнить совершенно неудавшееся преступленіе съ удавшимся или подвергать его смягченному наказанію? Многіе

криминалисты [1]) доказываютъ необходимость смягченія слѣдующими доводами: хотя совершенію преступленія помѣшалъ только случай, однако это случайное отсутствіе матеріальнаго вреда не должно быть упущено изъ виду при взвѣшиваніи преступленія. Положимъ это случай, но случай счастливый для преступника, который долженъ быть ему засчитанъ; его совѣсть спокойнѣе вслѣдствіе неудачи, менѣе терзаема упреками, да и общество забываетъ скорѣе о преступленіи, менѣе встревожено происшествіемъ. Однако эти доводы неубѣдительны. Если мы сошли съ точки зрѣнія возмездія и на наказаніе смотримъ какъ на средство обезопасить общество отъ несомнѣннаго злодѣя, а съ другой — его исправить, то внѣшній вредъ превращается для насъ въ обстоятельство неважное, а важно только само дѣйствіе, какъ достовѣрное доказательство злой воли. Дѣйствіе не измѣняется отъ неудачи, а оно такого рода что злодѣй можетъ быть подвергнутъ полной мѣрѣ наказанія, за то преступленіе въ законѣ назначеннаго. Если же неудача преступленія произошла отъ личныхъ свойствъ субъекта, оттого что у него рука дрогнула, что сильное волненіе — остатокъ совѣсти, помѣшало ему исполнить его хладнокровно, то эти причины неудачи могутъ быть приняты за обстоятельства смягчающія вину, не потому что преступленіе не удалось, а потому что преступникъ менѣе закаленъ въ преступленіи. Изъ положительныхъ законодательствъ французское не дѣлаетъ различія, между покушеніемъ и преступленіемъ удавшимся; оно уравниваетъ покушеніе и преступленіе неудавшееся съ совершеніемъ (art 2). Тому же правилу слѣдуитъ новый баварскій кодексъ 1861 г. (§ 49). Кодексъ прусскій 1851 г. смѣшиваетъ неудавшееся преступленіе съ покушеніемъ (§ 51) подъ именемъ покушенія оставшаго безъ послѣдствій (ohne Erfolg gebliebener Versuch). Австрійскій кодексъ 1852 г. умалчиваетъ о неудавшемся преступленіи. Въ законодательствахъ саксонскомъ (§ 39 и 40), брауншвейгскомъ (§ 36), баденскомъ (§ 107), ганноверскомъ (§ 36, 37) неудавшееся преступленіе составляетъ подъ именемъ beendigter Versuch крайнюю ступень въ покушеніи, наказуемую строже нежели unbeendigter Versuch, но легче нежели совершеніе.

§ 50. III) *Покушеніе на преступленіе* (conatus delinquendi, Versuch, tentative.) Оно отличается отъ другихъ ступеней осущественія злой воли въ дѣяніи двумя характеристическими признаками: 1) дѣйствіе преступника должно содержать въ себѣ начало исполненія преступнаго намѣренія, то есть должно быть прямо направлено къ совершенію преступленія. На этомъ основаніи покушеніе невозможно въ преступныхъ упущеніяхъ, которыя не допускаютъ начала исполненія преступнаго

---

[1]) *Koestlin*, System § 86., *Mittermaier*, *Haus*, *Rossi*, Traité t. II, 179 — 184 — Литература вопроса у *Chauveau* и *Hélie* édit. Nypels § 586 n° 2.

намѣренія, и которыя наказуемы только, когда вредъ отъ нихъ послѣдовалъ, то есть когда уже наступило совершеніе. Началомъ исполненія покушеніе отдѣляется отъ дѣйствій пріуготовительныхъ. 2) Дѣйствіе преступника должно быть недоконченное и пріостановленное въ такой моментъ, когда преступникъ имѣлъ еще возможность отступить отъ начатаго, не приводя его къ окончательному исполненію; этою чертою покушеніе отдѣляется отъ преступленія неудавшагося. Кодексъ французскій 1810 г. содержалъ слѣдующее опредѣленіе покушенія (art 2): tentative de crime, qui aura été manifestée par des actes exterieurs et suivie d'un commencement d'exécution..... При передѣлкѣ кодекса французскаго въ 1832 г. это опредѣленіе еще упрощено; въ новой редакціи сказано: tentative de crime, qui aura été manifestée par un commencement d'exécution. Это опредѣленіе повторяютъ новѣйшіе кодексы нѣмецкіе (прусскій (§ 31) и баварскій (§ 47) употребляютъ оба выраженіе: Handlung welche den Anfang der Ausführung enthält).

Охарактеризованіе покушенія началомъ исполненія преступнаго намѣренія не представляетъ въ теоріи никакихъ затрудненій: оно ясно, понятно, точно. Но на практикѣ весьма трудно уловить тотъ моментъ, съ котораго пріуготовительныя дѣйствія превращаются въ покушеніе, а этотъ моментъ очень важенъ, потому что съ него то и начинается наказуемость дѣянія, пріуготовительныя же дѣйствія не подлежатъ обыкновенно уголовной отвѣтственности. Законодатель не можетъ входить въ подробности и долженъ ограниться поставленіемъ принципа; дѣло науки разобрать каждое преступленіе порознь, указать гдѣ въ немъ начинается покушеніе и когда оно переходитъ въ совершеніе. При изложеніи состава каждого преступленія, опредѣляется обыкновенно то внѣшнее дѣйствіе, которое необходимо для понятія преступленія, начало этого дѣйствія и будетъ составлять покушеніе. Перейдемъ къ примѣрамъ. Воры рѣшились обокрасть чужую квартиру, они запаслись топорами, ломомъ, поддѣльными ключами, лѣствицею; они подошли къ дому, подставили лѣствицу, разбиваютъ окно, влѣзаютъ чрезъ него. Французскіе судьи видятъ въ этихъ дѣйствіяхъ только приготовленія къ преступленію [1]); того же мнѣнія многіе криминалисты; никакъ нельзя еще сказать что эти дѣйствія входятъ въ составъ преступленія кражи, они даютъ только возможность ворамъ стать въ такое положеніе, въ которомъ совершеніе кражи становится физически возможнымъ, но они точно также могутъ быть прелюдіями къ убійству или къ похищенію женщины или къ чему нибудь другому. Но вотъ воры прикоснулись къ предметамъ

---

[1]) *Chauveau et Hélie*, Théorie du code p. Nypels §§ 592, 593. Практика Нидерландская напротивъ наказываетъ за взломъ, какъ за покушеніе на кражу, смотри тоже сочиненіе § 3375 n° 2.

которые хотятъ утащить, нашли сундукъ, который пытаются отпереть (взломъ внутренній). Въ практикѣ французской эти дѣйствія считаются уже покушеніемъ. Въ изнасилованіи покушеніе начинается съ насильственнаго прикосновенія къ тѣлу насилуемой. Въ отравленіи оно начинается съ минуты когда ядъ, подмѣшанный къ пищѣ или питью поставленъ будетъ въ такое мѣсто, гдѣ отравляемый могъ и долженъ быть по всей вѣроятности употребить эту пищу или это питье.

Наказуемо ли покушеніе, въ какой мѣрѣ и въ какихъ преступленіяхъ, во всѣхъ ли или только въ нѣкоторыхъ? Съ началомъ исполненія преступнаго намѣренія преступная воля становится дѣяніемъ внѣшнимъ и вторгается въ міръ дѣйствительный, гдѣ не по однимъ догадкамъ, а по несомнѣннымъ слѣдамъ ея движенія можно ее измѣрить и на этомъ измѣреніи основать наказаніе, Впрочемъ такъ какъ покушеніе не есть еще совершеніе и предполагаетъ возможность отступиться отъ исполненія преступнаго намѣренія, то на наказуемость его имѣютъ большое вліяніе причины неприведенія въ исполненіе преступнаго намѣренія, изъ свойства коихъ можно дѣлать кой какія заключенія о качествѣ и твердости злой воли. Причины эти могутъ быть троякія: А) преступленіе могло остаться недоконченнымъ по постороннимъ обстоятельствамъ независѣвшимъ отъ воли преступника; В) оно могло несовершиться по негодности средствъ употребленныхъ преступникомъ или по негодности самаго предмета преступленія; С) оно могло быть оставлено по волѣ самаго виновника, добровольно отступившагося отъ своего намѣренія.

А) *Покушеніе недоконченное по независѣвшимъ отъ преступника обстоятельствамъ* (напр. отмычка посредствомъ коей воръ пытался отворить сундукъ съ деньгами изломилась въ его рукахъ; или зажигатель развелъ огонь и подложилъ его подъ строеніе, но пошелъ дождь и потушилъ огонь). Не подлежитъ никакому сомнѣнію и спору что въ этомъ случаѣ покушеніе наказуемо, и по законодательствамъ положительнымъ и по мнѣнію всѣхъ криминалистовъ, потому что воля злая воплотилась, осуществилась въ посягательствѣ на право, но вопросъ въ томъ: какому наказанію подвергать подобное недоконченное посягательство на право, полному ли, то есть одинаковому съ наказаніемъ за совершеніе или уменьшенному? Французскій code pénal говоритъ (art 8): toute tentative de crime... si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considerée comme le crime même. Изъ законодательствъ нѣмецкихъ прямо подражаютъ французскому, прусское (§ 32: Der Versuch eines Verbrechens wird wie das Verbrechen selbst bestraft) и баварское 1861 г. (§ 49: Der Versuch wird nach den nämlichen Bestimmungen wie die Vollendung bestraft), причемъ судьѣ дозволяется принимать неисполненіе преступнаго

намѣренія за обстоятельство смягчающее вину. Точно такимъ же образомъ по кодексу австрійскому 1852 г. (§§ 8, 27, a) der Versuch.... ist mit derselben Strafe zu ahnden, welche auf das vollbrachte Verbrechen verhängt ist, но со смягченіемъ наказанія nach Mass als er (der Versuch) noch von der Vollbringung des Verbrechens entfernt gewesen). Всѣ другія законодательства нѣмецкія придерживаются противуположнаго начала и подвергаютъ покушеніе наказанію уменьшенному, противу наказанія положеннаго за совершеніе. Противу излишней строгости французскаго метода вооружается огромное большинство писателей, въ томъ числѣ всего энергичнѣе сами же французскіе криминалисты [1]). Хотя преступникъ началъ исполненіе, но онъ его недокончилъ. Весьма вѣроятно, что онъ бы его докончилъ, если бы ему не помѣшали, но полной въ томъ увѣренности нѣтъ. Возникаетъ сомнѣніе досталоли бы у него отваги на пройденіе неуклонно до самаго конца по избранному имъ пути, не поколебалась ли бы въ немъ преступная рѣшимость? Это сомнѣніе должно быть истолковано въ пользу преступника. Вина его растетъ постепенно съ приближеніемъ къ цѣли, пропорціонально тому должно рости и наказаніе. Вотъ почему справедливо назначать за покушеніе наказаніе пониженное одною или двумя степенями. Это пониженіе не только справедливо, но и политично. Полезно располагать наказанія такимъ образомъ, чтобы преступникъ имѣлъ въ отступленіи отъ своего предпріятія какую нибудь выгоду, которая бы располагала его къ раскаянію или по крайней мѣрѣ къ оставленію злаго дѣла.

B) *Покушеніе недоконченное по негодности предмета преступленія или по негодности средствъ употребленныхъ преступникомъ* (tentative vaine, Versuch mit untauglichen Mitteln oder am untauglichen Objecte). Если предметъ покушенія былъ мнимый, то есть неправоспособный, то покушавшійся на преступленіе не можетъ подлежать ни какой отвѣтственности, потому что гдѣ нѣтъ права, тамъ не можетъ быть ни нарушенія права, ни даже посягательства на это нарушеніе. Покушавшійся обнаружилъ только злую волю, но за злую волю безъ дѣла никто не можетъ быть наказанъ [2]).

Иначе становится вопросъ о покушеніи съ помощью негодныхъ средствъ. Начиная съ Фейербаха, по этому вопросу идетъ такой споръ между криминалистами, что по незнанію чего держаться, новѣйшіе кодексы обходятъ его молчаніемъ и взваливаютъ его рѣшеніе на судей и на присяжныхъ. Криминалисты при рѣшеніи этого труднаго вопроса при-

---

[1]) *Chauveau et Hélie* édit. Nypels §§ 570—574.—

[2]) X похитилъ свою собственную вещь вмѣсто чужой; дѣвушка M употребила средство для изгнанія плода ошибочно, думая что она беременна и т. п.

бѣгаютъ обыкновенно къ дѣленію средствъ на a) безусловно-негодныя, то есть такія, которыя никогда бы не могли привести преступника къ желаемому результату (наприм. X подноситъ Z сахаръ или нашатырь вмѣсто мышьяку; M зарядилъ пистолетъ пескомъ вмѣсто пороха, или стрѣляетъ въ N изъ пистолета на разстояніи 3,000 шаговъ; B пытается убить другое лицо D, больное, посредствомъ внезапнаго испуга, зная что ему вредно всякое волненіе); и на b) относительно-негодныя (недостаточныя, unzulängliche), то есть такія, которыя по своему качеству вообще были способны произвести желаемый результатъ, но въ данномъ случаѣ не произвели его, потому что употреблены были не такъ какъ слѣдовало, или не въ такомъ какъ слѣдовало количествѣ (напр. когда доза яда оказалась слишкомъ малою для отравленія). При употребленіи перваго рода средствъ криминалисты обыкновенно не допускаютъ покушенія, но они допускаютъ наказаніе при употребленіи средствъ втораго рода [1]). Едва ли можетъ выдержать критику подобное заключеніе. На практикѣ нельзя отдѣлить средствъ безусловно негодныхъ отъ средствъ относительно негодныхъ. Всякое средство даже вполнѣ годное, дѣйствительно не само по себѣ, но въ связи со множествомъ другихъ побочныхъ обстоятельствъ и причинъ, коими обусловливается его дѣйствительность. Коль скоро нѣтъ на лицо этихъ обстоятельствъ, то и средство которое преступникъ считалъ вполнѣ годнымъ превращается въ безусловно негодное. Возьмемъ примѣръ: убійца стрѣляетъ въ другое лицо изъ пистолета. Онъ полагаетъ что спущенный курокъ раздавитъ пистонъ, что отъ дѣйствія пистона воспламенится порохъ, что взрывъ пороха приведетъ въ движеніе пулю, которая поразитъ извѣстное лицо. Положимъ что пистонъ былъ испорченъ или порохъ замоченъ, или пуля вынута заранѣе третьимъ лицомъ. Во всѣхъ сихъ случаяхъ средства по видимому годны, а въ сущности совершенно негодны, то есть лишены всѣхъ своихъ вредныхъ свойствъ. Трудно найти разницу въ винѣ между отравителемъ, поднесшимъ по ошибкѣ сахаръ вмѣсто мышьяку и убійцею, у котораго заряженный пистолетъ въ рукахъ осѣкся. Обоихъ слѣдуетъ или освободить отъ наказанія или наказать какъ за покушеніе. Мнѣ кажется что самое удовлетворительное рѣшеніе этого вопроса предлагаетъ *Bar* (Zur Lehre vom Versuch und Theilnahme. 1859. Hannover). При покушеніи негодными средствами надобно обращать вниманіе не на свойство средствъ употребленныхъ въ дѣло, но на свойство заблужденія преступника относительно ихъ дѣйствителяности. То только можетъ быть вмѣнено преступнику, что есть плодомъ его сознательной воли. Ошибка въ выборѣ средствъ не извиняетъ преступника и не уничтожаетъ вмѣненія, если употреблен-

---

[1]) *Berner,* Grundsätze des preussischen Strafrechts. 1861. S. 3 — 6.

ныя средства, не будь при выборѣ или употребленіи ихъ ошибки, привели бы по естественному порядку вещей къ преднамѣренному результату. Но если избранныя преступникомъ средства суевѣрны, сверхестественны, фантастичны, то есть такія коихъ недѣйствительность онъ долженъ бы былъ предвидѣть, если бы былъ въ здравомъ умѣ, если бы мыслилъ какъ всѣ другіе, потому что по естественному ходу явленій эти средства очевидно не ведутъ къ предполагаемому результату, то въ такомъ случаѣ покушеніе ненаказуемо, по невозможности основать юридическое вмѣненіе на этихъ сомнительныхъ сверхестественныхъ средствахъ и полуумныхъ дѣйствіяхъ. Одно изъ двухъ: или преступникъ не въ здравомъ умѣ, слѣдовательно въ состояніи невмѣняемости, или онъ самъ себя обольщалъ на счетъ возможности достигнуть желаемаго результата, слѣдовательно у него не хватило духу вооружиться настоящими средствами, ведущими естественно къ преступленію (напр. X молится Богу о томъ, чтобы врага его убила молнія. Мужъ умышленно раздражаетъ жену, дабы она скорѣе умерла. Z подкладываетъ въ постель женѣ кости человѣка умершаго отъ чахотки, полагая что такимъ образомъ онъ сообщитъ ей эту болѣзнь. M чтобы погубить N прибѣгаетъ къ волшебству). Во всѣхъ сихъ случаяхъ дѣйствующія лица не наказуемы не по негодности употребленныхъ средствъ, но потому что ихъ умыселъ разыгрывался въ области фантазіи, а не въ мірѣ дѣйствительномъ. Умыселъ ихъ безплотенъ, необлеченъ еще въ настоящее дѣло, а для понятія преступленія требуется еще и дѣло, которое бы служило доказательствомъ, что рѣшимость ихъ была невоображаемая, но дѣйствительная [1]).

C) *Покушеніе пріостановленное добровольно самимъ виновникомъ* (напр. воръ проникнувъ въ чужую квартиру, открылъ сундукъ, взялъ деньги, но потомъ положилъ ихъ назадъ и скрылся; зажигатель совершилъ поджогъ, но потомъ самъ же и погасилъ огонь). Этотъ случай рѣшается почти вездѣ одинаково, въ пользу совершенной его ненаказуемости. Преступникъ можетъ быть наказанъ только за то, что сдѣлалъ, то есть за начало исполненія преступленія, если оно составляетъ самостоятельный проступокъ, напр. за взломъ двери, окошка; но онъ не можетъ быть наказанъ какъ за покушеніе на то преступленіе, къ которому онъ стремился [2]). Это начало положительно высказано въ § 44 саксонскаго кодекса 1855 г., въ другихъ оно подразумѣвается. Преступникъ не можетъ быть наказанъ, потому что внѣшняго вреда онъ

---

¹) Подобнымъ образомъ рѣшается вопросъ о покушеніи негодными средствами въ § 67 кодекса гессенъ-дармштадтскаго, 1841 г.

²) Исключеніе составляютъ покушенія на преступленія, само приготовленіе къ коимъ наказуемо. Объ нихъ говорится въ слѣдующемъ пунктѣ.

еще не произвелъ, а зло внутреннее, заключающееся въ преступномъ намѣреніи онъ уже уничтожилъ добровольнымъ отъ него отступленіемъ. Злаго дѣла еще нѣтъ, а бывшая злая воля прикрыта воспослѣдовавшимъ раскаяніемъ; ему уже нельзя вмѣнить въ вину то, чего онъ сдѣлать не хотѣлъ. Правосудіе должно ему простить и игнорировать случившееся. Даже если одна боязнь заставила его отказаться отъ преступнаго намѣренія, наказывать его не слѣдуетъ по расчетамъ политики. Безнаказанность покушеній пріостановленныхъ самими преступниками уменьшитъ число преступленій, напротивъ того наказуемость, отнимая у преступника надежду избѣгнуть наказанія, устремляетъ его впередъ по преступному пути. Число покушеній уменьшится, за то число совершеній увеличится, когда съ момента начала исполненія преступникъ поставленъ будетъ въ безвыходное положеніе.

Покушеніе наказуемо не во всѣхъ преступленіяхъ, а только въ нѣкоторыхъ. Въ началѣ настоящаго § замѣчено было, что оно возможно только въ примѣненіи къ преступленіямъ положительнымъ, а не къ отрицательнымъ, то есть къ упущеніямъ; да и къ положительнымъ не всѣмъ оно идетъ; есть преступленія, которыя для полноты своего состава требуютъ чтобы вредъ матеріальный воспослѣдовалъ (напр. клевета, обида, обманъ); въ такихъ преступленіяхъ наказуемость начинается только съ момента воспослѣдованія вреда матеріальнаго, то есть съ совершенія. Притомъ законодательство озабочено бо̀льшею частью только покушеніями на тяжкія преступленія, а не на легкія, по правилу minima non curat praetor, потому что преслѣдованіе легкихъ ничтожныхъ проступковъ, ни сколько не содѣйствуя охраненію общественнаго порядка, обременило бы только понапрасну правосудіе огромнымъ числомъ маловажныхъ процессовъ. Французскій кодексъ 1810 года постановляетъ (art. 2, 3), что покушенія на crimes наказываются всегда, покушенія на délits только тогда, когда наказуемость ихъ именно опредѣлена въ законѣ, покушенія же на contraventions никогда. Тому же правилу слѣдуетъ вполнѣ прусскій кодексъ (§§ 32, 33). Новый баварскій кодексъ 1861 г. уклоняется отъ обоихъ предъидущихъ въ томъ отношеніи, что допускаетъ въ особо указанныхъ закономъ случаяхъ наказуемость покушеній, какъ на Vergehen, такъ и на Uebertretungen (§ 47), но это отступленіе не одобряется нѣмецкими криминалистами [1]).

§ 51. IV) *Приготовленіе къ преступленію* (delictum praeparatum). Такъ называется заготовленіе и собраніе средствъ и орудій необходимыхъ для совершенія преступленія и вообще поставленіе себя

---

[1]) *Kräwel*, въ проектѣ общегерманскаго уголовнаго кодекса 1862 г. стр. 126. *Berner* въ своей рецензіи кодекса баварскаго (*Mittermaier*, *Sundelin*, *Berner und Barth*, Ueber die neue bayerische Strafgesetzgebung. Augsburg. 1862 г.).

преступникомъ въ такое положеніе, въ которомъ совершеніе преступленія становится ему физически возможно [1]) (напр. закупка оружія для убійства, заряженіе его; въ кражѣ пріобрѣтеніе ключей, ломовъ, даже подставленіе лѣстницы; въ поддѣлкѣ монеты пріобрѣтеніе необходимыхъ для нея матеріаловъ и т. д.). Приготовленіе отдѣляется отъ покушенія тѣмъ, что не содержитъ въ себѣ даже и начала исполненія преступнаго намѣренія, такъ что отъ субъекта еще зависитъ начать ли его или не начинать. Спрашивается наказуемо ли приготовленіе или нѣтъ?

Вообще нѣтъ; приготовленія, которыя сами въ себѣ еще не содержатъ ничего преступнаго не наказуемы, хотя бы въ нихъ и сквозила злая воля направленная къ нарушенію закона, потому что 1) приготовленіе весьма невѣрный признакъ преступной рѣшимости; трудно на дѣлѣ доказать, что они чинимы были съ тѣмъ, а не съ другимъ намѣреніемъ; что ружье куплено для убійства, а не для охоты, что ядъ пріобрѣтенъ для отравленія, а не для опытовъ химическихъ; сужденіе о дѣйствіяхъ приготовительныхъ опирается всегда на довольно сомнительныхъ догадкахъ. 2) Огромное разстояніе отдѣляетъ приготовленіе отъ исполненія. Приготовленіе могло быть только перелетною прихотью, фантазіею субъекта, который можетъ быть никогда бы по трусости своей не рѣшился приступить къ исполненію; тысячи плановъ преступныхъ родятся и умираютъ не доходя до свѣдѣнія правосудія. 3) Наказуемость приготовленія была бы неимовѣрно тягостна и стѣснительна для всѣхъ, потому что открыла бы государству возможность вмѣшиваться въ жизнь частную, привязываться къ лицамъ по малѣйшему подозрѣнію; никто не могъ бы быть безопасенъ, что его поступокъ не будетъ перетолкованъ въ дурную сторону, въ смыслѣ приготовленія къ какому нибудь преступленію. 4) Боязнь быть наказаннымъ за само приготовленіе заставитъ злодѣевъ тщательно скрывать свои намѣренія; вмѣстѣ съ тѣмъ при закрытіи путей къ раскаянію, можно полагать, что злодѣй скорѣе рѣшится на преступленіе, зная что такъ или иначе онъ будетъ все таки наказанъ. Изъ общаго правила о ненаказуемости покушеній, всѣ законодательства дѣлаютъ однако два исключенія: 1) есть преступленія которыя направлены не противу того или другаго права гарантируемаго государствомъ, но противу цѣлаго быта и существованія государства. По праву необходимой обороны государство должно идти на встрѣчу этимъ преступленіямъ, пока они въ зародышѣ; оно не можетъ ждать начала исполненія, потому что тогда будетъ уже слишкомъ поздно, общественный порядокъ будетъ ниспровергнутъ, возгорится междоусобная война, государство можетъ распасться (бунтъ, государственная измѣна, умыселъ на жизнь

[1]) *Alb. Chop.*, Ueber die Gränze zwischen Vorbereitung und Versuch eines Verbrechens. Leipzig. 1861.

государя, въ конституціонныхъ государствахъ преступленія министровъ противу конституціи). Въ подобныхъ случаяхъ наказуемы самыя приготовленія, а хотя наказаніе есть повидимому дѣло уголовнаго правосудія, но въ сущности оно ничто иное, какъ необходимая оборона, пропорціональная не винѣ, но опасности. 2) Есть многія приготовленія, которыя могутъ быть подвергаемы наказаніямъ, не какъ преступленія уголовныя, но какъ проступки полицейскіе. Во всякое уголовное право входитъ кусокъ полиціи предупредительной (§ 34), во всякомъ уголовномъ правѣ наказываются дѣйствія, которыя не будучи посягательствами на право, даютъ однако поводъ или облегчаютъ посягательство, а потому опасны и могутъ быть запрещены подъ страхомъ наказанія, если только законодателю возможно охарактеризовать ихъ напередъ совершенно точными чертами. И такъ напр. поддѣлка монеты есть только приготовленіе, но она столь явно свидѣтельствуетъ о зломъ умыслѣ и соединена со столькими затрудненіями, совершеніе же преступленія выпускомъ монетъ въ обращеніе столь удобоисполнимо, что законодатель, не дожидаясь совершенія, превращаетъ само приготовленіе въ *delictum sui generis.* Тоже можно сказать о поддѣлкѣ документовъ, составленіи заговоровъ и шаекъ разбойническихъ, заготовленіи орудій взлома, выдѣлкѣ пороха, бродяжничествѣ и прошеніи милостыни, ношеніи оружія и т. п.

V) *Голый умыселъ, обнаруженный внѣшнимъ образомъ* (nuda cogitatio) ни въ какомъ случаѣ не долженъ быть наказуемъ. По большей части онъ и не доступенъ, потому что человѣкъ злые замыслы таитъ въ глубинѣ души, такъ что обманчивы могутъ быть и выраженіе его лица и слова его, и пожатіе руки другомъ и ласки любовницы. Но положимъ, что субъектъ обличилъ задуманный имъ планъ будущаго преступленія, списалъ его на бумагѣ, сообщилъ его единомышленникамъ; положимъ, что X замышляетъ совершить завтра убійство, а Z послѣ завтра государственную измѣну, то и въ такомъ случаѣ ихъ нельзя наказать, потому что наказаніе ихъ противилось бы началу свободы мысли человѣческой; мысль эта неприкосновенна сама въ себѣ, пока она не убъектировалась, пока она не высказалась въ дѣйствіяхъ внѣшнихъ. Умыселъ не наказуемъ не потому чтобы онъ нравственно не былъ преступенъ, не потому даже чтобы онъ не былъ опасенъ, но потому, что преслѣдованіе его несовмѣстно съ требованіями свободы гражданской и принесло бы больше вреда нежели пользы. Cogitationis poenam nemo patitur говоритъ римское право (l. 18. D. de poen.). Ту же мысль прекрасно выражаетъ Росси словами: la pensée est libre; elle échappe à l'action matérielle de l'homme; elle peut être criminelle; elle ne saurait être enchainée (Traité de dr. p. II, 114).

Примѣчаніе. Совершеніе и покушеніе могутъ стекаться въ одномъ и томъ же дѣяніи, которое можетъ быть разсматриваемо какъ соверше-

ніе одного и покушеніе на другое преступленіе (напр. А зажигаетъ домъ чтобы истребить огнемъ его жителей; поджогъ удался, но жители спаслись. Тюремный арестантъ В убилъ часоваго съ тѣмъ, чтобы бѣжать изъ тюрмы, но его задержали и не пустили бѣжать). Подобное стеченіе можетъ быть допущено только тогда, когда совершенное преступленіе не есть единственное возможное средство къ исполненію другаго преступленія, на которое преступникъ покушался, средство безъ коего исполненіе этого другаго преступленія было немыслимо (ни кого нельзя убить не повредивъ его тѣлесно; С пытался убить D, но нанесъ ему только рану; въ этомъ случаѣ нѣтъ стеченія совершеннаго поврежденія тѣлеснаго съ покушеніемъ на убійство, а просто только покушеніе на убійство) [1].

РАЗДѢЛЪ IV.

Внутренняя объективная сторона преступленія: воля и знаніе.

§ 52. Когда человѣкъ совершилъ дѣйствіе, которое имѣло весьма вредныя послѣдствія, эти данныя еще неузаконивають примѣненія къ нему закона уголовнаго. Для наказанія необходимо еще выказать предварительно связь между дѣйствіемъ, сопровождаемымъ послѣдствіями и сознательною волею субъекта; необходимо сверхъ объективнаго элемента въ преступленіи, вскрытъ другой не менѣе существенный элементъ субъективный; необходимо на основаніи подлежащихъ опыту данныхъ обнаружить не подлежащую чувствамъ и открываемую посредствомъ наведенія нравственную вину преступника. Раскрытіе связи между дѣломъ и волею называется технически вмѣненіемъ (imputatio, Zurechnung). И такъ вмѣненіе есть извѣстная операція нашего ума, посредствомъ коей мы судимъ о томъ, что извѣстное дѣяніе лица есть его собственное,

[1]) *Berner*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1857. § 158.

произвольное дѣяніе; оно есть засчитаніе лицу содѣяннаго имъ въ вину. Вмѣненіе составляетъ необходимое условіе и основаніе всякой отвѣтственности. Первое дѣйствіе уголовнаго судьи должно состоять въ томъ чтобы посредствомъ вмѣненія раскрыть вину, второе уже за тѣмъ будетъ состоять въ подведеніи дѣянія вмѣняемаго лицу подъ уголовный законъ и въ присужденіи лица къ наказанію. Коль скоро нельзя открыть связи между дѣломъ и волею, а слѣдовательно и вмѣнить лицу извѣстное дѣйствіе, то о преступленіи не можетъ быть и рѣчи; какъ бы вредно не было дѣло, оно не болѣе какъ случай (Zufall, casus), а случай есть понятіе противуположное преступленію, стоитъ внѣ области уголовнаго права и не подлежитъ уголовному правосудію. Между состояніемъ вмѣняемости и вмѣненіемъ такая же разница, какъ между возможностью и дѣйствительностью (potentia и actus). Вмѣняемость есть сужденіе о томъ что лицо по состоянію своихъ психическихъ силъ, было способно къ совершенію преступленія; вмѣненіе есть сужденіе о томъ что лицо дѣйствительно совершило преступленіе. При невмѣняемости изчезаетъ самъ преступникъ, какъ дѣйствующее лицо: при невозможности вмѣненія лицо дѣйствовавшее остается способнымъ къ преступленію, но само преступленіе признается по чему либо не существующимъ.

Настоящій раздѣлъ имѣетъ предметомъ вину, какъ субъективную сторону преступленія, а вмѣненіе есть опредѣленіе этой вины, вотъ почему этотъ раздѣлъ можно бы озаглавить словами: ученіе о вмѣненіи. Эта часть уголовнаго права представляетъ значительныя трудности при ея изученіи: 1) потому что въ области въ которую мы теперь вступаемъ, наши наблюдательныя средства весьма недостаточны и приговоръ нашъ о томъ, что происходило въ душѣ преступника, прежде чѣмъ онъ началъ совершеніе преступленія, основанъ будетъ всегда на однихъ только предположеніяхъ болѣе или менѣе вѣроятныхъ; 2) потому что въ жизни нѣтъ крутыхъ переходовъ отъ невинности къ винѣ и между различными ступенями вины; между тѣмъ однако, гдѣ жизнь представляетъ нѣчто цѣльное, гдѣ сливаются цвѣта и оттѣнки, тамъ умъ нашъ долженъ проводить возможно рѣзкія грани, которыя могутъ быть только приблизительно вѣрны и которыя каждый вѣкъ проводитъ иначе, по своему, по мѣрѣ накопленія казусовъ, опытовъ, наблюденій; по мѣрѣ того какъ сознано будетъ, что явленія жизни неумѣщаются въ придуманныхъ наукою формочкахъ и рамкахъ. Всего больше работали надъ субъективною стороною преступленія нѣмецкіе ученые [1]). Порядокъ ко-

[1]) *Berner*, Imputationslehre. 1843. *Koestlin*, System d. d. Strafrechts. 1855. §§ 58—78. *Bekker*, Theorie etc. 1859. §§ 20 — 24. *Gessler*, Ueber den Begriff und die Arten des Dolus. 1860.

торый мы избираемъ при изложенiи этого предмета слѣдующiй. Прежде всего надобно очертить границы вмѣненiя юридическаго, опредѣливъ причины уничтожающiя вмѣненiе, иными словами разобравъ обстоятельства, при наличности которыхъ хотя и есть дѣянiе, и хотя оно совершено человѣкомъ дѣйствовавшимъ сознательно (бывшимъ въ состоянiи вмѣняемости), но все таки быть засчитано ему въ вину не можетъ. Отдѣливъ такимъ образомъ массу явленiй въ жизни человѣческой, неидущихъ въ уголовную область по отсутствiю въ нихъ уголовнаго элемента — вины, мы оставимъ для дальнѣйшаго анализа только такiя дѣйствiя человѣческiя, которыя по присутствiю въ нихъ вины принадлежатъ къ кругу дѣятельности уголовнаго правосудiя. И такъ въ первомъ отдѣленiи сего раздѣла разобраны будутъ причины невмѣненiя, во второмъ всевозможные виды, степени и оттѣнки уголовной вины.

ОТДѢЛЕНIЕ I.

Причины уничтожающiя вмѣненiе дѣянiя субъекту.

§ 53. Вина предполагаетъ въ человѣкѣ сознательную волю, то есть что онъ желалъ такъ, а не иначе поступить и что онъ зналъ о послѣдствiяхъ своего поступка. Коль скоро въ данномъ случаѣ видно полное отсутствiе одного изъ этихъ условiй, то есть или полное отсутствiе воли, хотя бы и при наличности знанiя или полное незнанiе свойствъ и послѣдствiй поступка, хотябы и при рѣшимости на этотъ поступокъ, то вмѣненiе не можетъ имѣть мѣста. Такимъ образомъ причины невмѣненiя бываютъ двѣ: а) отсутствiе воли или принужденiе и в) отсутствiе знанiя, которое можетъ быть двоякое: невѣденiе, когда лицо не имѣетъ никакого понятiя о свойствахъ дѣянiя и заблужденiе, когда человѣкъ имѣетъ о свойствахъ дѣянiя понятiе ложное.

СТАТЬЯ 1.

Принужденiе.

Свобода человѣка бываетъ внутренняя и внѣшняя; внутренняя состоитъ въ ясномъ сознанiи и твердости воли, внѣшняя — въ возможности сдѣлать изъ силъ своихъ то или другое употребленiе и произвести

извѣстную перемѣну въ мірѣ внѣшнемъ. Свобода внутренняя теряется только съ потерею сознанія, но при свободѣ внутренней человѣкъ можетъ быть лишенъ свободы внѣшней, когда ему насильственно воспрепятствуютъ сдѣлать то, на что онъ имѣлъ право или когда его заставятъ сдѣлать то, чего онъ дѣлать не хотѣлъ. Принужденіе, насилующее волю человѣка можетъ быть двоякое: *физическое* и *психическое*. Что касается до принужденія физическаго, то оно не представляетъ затрудненій. Оно можетъ проистекать отъ дѣйствія силъ природы (vis major naturae) [1]) или отъ другихъ людей (vis absoluta); послѣднее должно быть такого рода, чтобы исключало возможность всякаго сопротивленія. Принуждаемый физически не отвѣчаетъ за свой поступокъ, потому что онъ служилъ игрушкою силъ природы или насильственнымъ орудіемъ въ рукахъ другаго лица. Что касается до принужденія психическаго (vis compulsiva) то оно предполагаетъ, что субъектъ могъ физически ему сопротивляться; оно направлено не на тѣло его, но на душу и можетъ облекаться въ двоякую форму: угрозы или приказа.

А) *Угроза*. Въ нравственномъ отношеніи угроза не уничтожаетъ вины, потому что въ числѣ идеальныхъ совершенствъ человѣка находятся мужество, безстрашіе, неподатливость внѣшнимъ вліяніямъ. Но законъ юридически не можетъ быть столь взыскателенъ къ членамъ общества, не можетъ требовать чтобы всѣ были стоики, чтобы всѣ выполняли этотъ идеалъ. Въ обществѣ есть всякія натуры и физически слабыя и трусливыя, отъ которыхъ нельзя требовать невозможнаго съ ихъ стороны героизма. По этому угроза должна быть принимаема въ расчетъ при опредѣленіи вины юридической, какъ обстоятельство уничтожающее или только смягчающее, если не вину, то наказуемость. Разумѣется, что не всякая угроза можетъ имѣть такое вліяніе на вмѣненіе, а только угроза зломъ сильнымъ, близкимъ, настоящимъ, ожидающимъ самаго принуждаемаго или его близкихъ или вообще лицъ, въ судьбѣ коихъ принуждаемый принимаетъ живое участіе. Угрожаемый можетъ быть уподобленъ лицу, находящемуся въ состояніи крайней необходимости и спасающему свое право на счетъ чужаго права одинакаго или менѣе важнаго. Вопросъ объ отвѣтственности угрожаемаго рѣшается по правиламъ о состояніи крайней необходимости; окончательнымъ рѣшителемъ всѣхъ подобныхъ вопросовъ долженъ быть не законодатель, а судья, который долженъ сообразить въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ тяжесть совершеннаго подъ угрозою зла со свойствами самой угрозы и рѣшить извиняетъ ли она дѣйствовавшее лицо или нѣтъ.

---

[1]) А упалъ со втораго этажа и падая раздавилъ проходящаго мимо дома человѣка. В укушенный бѣшеною собакою въ припадкѣ водобоязни кусаетъ другихъ.

В) *Приказъ лица начальствующаго подчиненнымъ* (господина слугамъ, отца или опекуна дѣтямъ и питомцамъ, офицера солдатамъ и т. д. Во всякомъ ли случаѣ подчиненный можетъ извиняться даннымъ ему сверху приказаніемъ? иными словами: обязано ли лицо повиноваться во всемъ и безусловно установленнымъ надъ нимъ законнымъ властямъ или нѣтъ? Очевидно что такимъ образомъ поставленный вопросъ рѣшается отрицательно. Въ обществѣ нѣтъ властей безусловныхъ, которыя бы превращали людей въ простыя безмысленныя машины. Всякая власть въ общежитіи имѣетъ свое законное основаніе, свои законные предѣлы. Коль скоро лицо пользующееся этою властью, превышая ея предѣлы, отдаетъ противузаконный приказъ, котораго противузаконность очевидна, то подчиненный не обязанъ его исполнять, а если исполнитъ, то подлежитъ отвѣтственности. Для него существуетъ вмѣненіе, а то обстоятельство, что онъ былъ только исполнителемъ даннаго ему приказа, можетъ имѣть вліяніе только уменьшающее вину и смягчающее наказаніе, но недоходящее до безнаказанности его поступка (сакс. кодексъ 1855 § 94, баварскій 1861. § 71.) На этомъ основаніи не подлежитъ отвѣтственности поліціантъ исполняющій судебный приговоръ, облеченный въ законную форму, хотя бы этотъ приговоръ показался потомъ неправильнымъ и противузаконнымъ; но этотъ же поліціантъ подлежитъ взысканію за заарестованіе лица по устному приказанію судьи или начальника, если законъ требуетъ приказа письменнаго. Единственный случай представляющій нѣкоторое затрудненіе — это отвѣтственность солдата за исполненіе приказа, даннаго ему начальникомъ. Существуетъ мнѣніе, выводимое изъ требованій военной дисциплины, что солдатъ обязанъ безусловнымъ послушаніемъ начальству и что слѣдовательно какого бы рода не былъ приказъ, вмѣненіе не существуетъ для исполнителя. [1]) Это мнѣніе слишкомъ одностороннее, несостоятельность его можетъ быть доказана доведеніемъ его ad absurdum. Правда что въ войскѣ чинопочитаніе строже, нежели въ службѣ гражданской, что дисциплина военная есть оплотъ гражданскаго порядка, что солдату твердятъ постоянно, чтобы онъ не разсуждалъ, но этимъ до пошлости избитымъ афоризмомъ не рѣшается еще вопросъ объ отвѣтственности солдата. Въ отношеніи къ кому не долженъ разсуждать солдатъ? въ отношеніи ли къ своему фельдфебелю, баталіонному или полковому командиру? въ отношеніи ли къ офицерамъ своего полка или другихъ полковъ? Но если онъ обязанъ слѣпо и безусловно подчиняться всѣмъ

---

[1]) Въ этомъ духѣ написано примѣчаніе къ ст. 274 нашего устава военно-уголовнаго: подчиненный обязанъ въ точности исполнять приказаніе начальства не смѣя дѣлать никакихъ непристойныхъ охужденій или разсужденій, потому что начальникъ отвѣтствуетъ за данное повелѣніе, а подчиненный только за исполненіе онаго.

симъ лицамъ, то его слѣдуетъ освободить отъ отвѣтственности, когда по приказу своего офицера онъ выстрѣлитъ въ главнокомандующаго или когда команда по приказу офицера будетъ безъ всякаго повода стрѣлять на публичномъ гуляньѣ въ собравшуюся публику. Слѣдовательно и солдатъ долженъ отличать приказъ отъ приказа, обязанность отъ обязанности; и онъ не простая машина, но самосознательное лицо. Онъ подчиненъ весьма строгой дисциплинѣ и какъ всякій подчиненный обязанъ предполагать, что отдаваемый ему приказъ законенъ, но если этотъ приказъ очевидно незаконенъ, и содержаніе его превышаетъ власть приказывающаго, то само исполненіе его солдатомъ преступно, а приказъ этотъ не можетъ служить причиною невмѣненія.

СТАТЬЯ 2.

Невѣденіе и заблужденіе.

(Error vel ignorantia, Unwisssenheit und Irrthum).

§ 54. Первое изъ этихъ понятій предполагаетъ отсутствіе всякаго знанія, а второе званіе ложное, превратное. Для уголовнаго права они почти однозначительны, потому что могутъ быть сведены одно къ другому. Заблужденіе, какъ представленіе себѣ преступникомъ мнимыхъ послѣдствій дѣянія, есть вмѣстѣ съ тѣмъ и незнаніе настоящихъ послѣдствій, а невѣденіе есть вмѣстѣ съ тѣмъ и заблужденіе относительно качествъ дѣянія, которое дѣятель считаетъ безцвѣтнымъ, безвреднымъ, между тѣмъ какъ оно вредно и опасно. По сей причинѣ не раздѣляя обоихъ понятій невѣденія и заблужденія, будемъ анализировать ихъ совокупно. Не всякое невѣденіе или заблужденіе извиняетъ дѣйствовавшее лицо; можно привести цѣлые ряды примѣровъ въ которыхъ они не исключаютъ уголовной отвѣтственности. Для доказательства возьмемъ примѣръ изъ жизни, представимъ себѣ что субъектъ А стрѣляетъ изъ ружья и разсмотримъ сколько случай этотъ представляетъ возможныхъ для невѣденія и ошибки комбинацій: 1) А выстрѣлилъ безъ всякой опредѣленной цѣли въ мѣстѣ, гдѣ нельзя было предполагать, чтобы отъ выстрѣла послѣдовало несчастіе, но убилъ однако человѣка. 2) А выстрѣлилъ въ томъ же мѣстѣ въ предметъ, который онъ принялъ за дикое животное, но предметъ этотъ оказался человѣкомъ. 3) А стрѣлялъ въ человѣка, но попалъ по ошибкѣ въ животное. 4) А стрѣлялъ безъ опредѣленной цѣли на улицѣ и попалъ въ человѣка; 5) А стрѣлялъ въ В а по ошибкѣ попалъ въ С 6) А стрѣ-

лялъ въ своего отца, но попалъ въ чужаго человѣка. 7) А стрѣлялъ въ чужаго человѣка, но попалъ въ своего отца. Только въ трехъ первыхъ случаяхъ дѣйствіе А извиняется невѣденіемъ или заблужденіемъ; въ послѣднихъ четырехъ оно подлежитъ отвѣтственности уголовной болѣе или менѣе тяжкой. Спрашивается: въ какой мѣрѣ и въ какихъ случаяхъ вмѣненіе уничтожается или ослабляется невѣденіемъ или заблужденіемъ?

При рѣшеніи этого вопроса надобно различать невѣденіе или заблужденіе относительно матеріальныхъ послѣдствій дѣянія (ignorantia vel error facti) [1]) и невѣденіе или заблужденіе относительно противузаконности поступка (ignorantia vel error juris). [2]) Что касается до непредвидѣнія или заблужденія относительно матеріальныхъ послѣдствій поступка. то они извиняютъ дѣйствовавшее лицо, если они такого рода, что дѣйствовавшій не могъ быть уличенъ даже въ недостаткѣ осмотрительности, то есть того обыкновеннаго благоразумія, которое требуется отъ всякаго человѣка въ общежитіи (такъ напр. стрѣлявшій изъ ружья на улицѣ не можетъ конечно извиняться тѣмъ что онъ не предвидѣлъ возможности ранить или убить кого нибудь выстрѣломъ). Если кто дѣйствовалъ съ преступнымъ умысломъ, но его дѣйствіе сопровождалось такими обстоятельствами, которыя дѣлаютъ умыселъ его еще болѣе преступнымъ, то это *плюсъ* не должно быть принимаемо въ расчетъ и онъ долженъ быть наказанъ, какъ будто бы несуществовали неизвѣстныя ему усиливающія вину его обстоятельства (напр. А хотѣлъ убить D, но по ошибкѣ убилъ не его а своего брата; онъ долженъ быть наказанъ какъ за простое, но не какъ за родственное смертоубійство).

Что касается до невѣдѣнія или заблужденія относительно закона, то оно вообще не принимается въ уваженіе. *Juris ignorantia nocet* говоритъ римское право (l. 9. pr. D. de juris et facti ignor). Тоже правило повторяютъ законодательства современныя нѣмецкія, отзываясь что никто не можетъ отговариваться невѣденіемъ закона, (исключеніе составляетъ прусскій кодексъ 1851 г. ничего неупоминающій объ этомъ предметѣ.) Есть два способа осмыслить это положеніе. Одинъ основанъ на юридической фикціи, что надлежащимъ образомъ обнародованный законъ всякому извѣстенъ; поставивъ это предположеніе, законодатель за-

---

[1]) Напр. нѣкто, бывъ въ гостяхъ, уноситъ чужую шубу, шляпу или калоши вмѣсто своихъ, или расплачивается фальшивыми монетами, не зная что онѣ фальшивыя.

[2]) Нѣкто ѣдетъ безъ паспорта въ столицу или другую губернію, незная что нужно запастись паспортомъ въ этомъ случаѣ; иностранецъ пріѣхавши въ Петербургъ закуриваетъ сигару на улицѣ, не зная что у насъ курить на улицахъ въ городахъ запрещено.

прещаетъ судьѣ входить въ разборъ доказательства противнаго. Одна фикція вообще неудовлетворительна, потому что она можетъ привести къ необходимости наказывать даже и тогда, когда нѣтъ вины. Предположенія и фикціи неизбѣжны не только въ правѣ гражданскомъ, но и въ уголовномъ (напр. въ ученіи о вмѣняемости, при опредѣленіи срока уголовнаго совершеннолѣтія), но употребленіе ихъ столь опасно, что судьѣ должно быть предоставлено отступаться отъ нихъ, коль скоро есть поводъ предполагать что онѣ ведутъ къ несправедливости. Другой способъ осмыслить правило ignorantia juris nocet основанъ на томъ, что знаніе закона уголовнаго и наказаній которыми онъ грозитъ не предполагается въ субъектѣ, но оно и не требуется для наказанія его; достаточно когда онъ зналъ что поступокъ его противенъ общежитію, несовмѣстенъ съ общественнымъ порядкомъ, такого же рода знаніе присуще всякому человѣку, воспитанному въ обществѣ и только о дикарѣ можно сказать, что оно ему недоступно [1]). Лица выросшія въ обществѣ, хотя и принадлежащія къ низшимъ слоямъ населенія получили съ воспитаніемъ посредствомъ преданія свѣденія о томъ, что добро и что зло (что fas и что nefas), а такъ какъ законъ уголовный не есть нѣчто произвольное, но формулируетъ только то, что уже сознано народомъ какъ добро или зло, то имѣемыхъ ими свѣденій достаточно для примѣненія къ виновнымъ закона уголовнаго. Исключеніе изъ общаго правила могутъ составлять развѣ нѣкоторыя особенныя преступленія, которыя бы можно было назвать искуственными или фиктивными, то есть такія, относительно которыхъ взглядъ законодателя значительно расходится съ убѣжденіями народа (напр. корчемство, контрабанда, лѣсныя порубки въ лѣсистыхъ губерніяхъ, нѣкоторыя другія преступленія противу собственности). Само существованіе подобныхъ фиктивныхъ преступленій въ уголовномъ правѣ есть недостатокъ закона который долженъ быть по возможности устраняемъ, исправляемъ. Наши современные кодексы, обремененные множествомъ излишнихъ полицейскихъ запретовъ, требуютъ тщательнаго пересмотра и очищенія отъ искуственныхъ преступленій, послѣ чего въ нихъ останутся главнымъ образомъ только дѣянія дѣйствительно несовмѣстныя съ общежитіемъ не по одному одностороннему убѣжденію законодателя, но по общенародному сознанію.

---

[1]) Напр. если бы къ намъ пріѣхалъ какой нибудь персидскій вельможа или индѣйскій раджа со своими рабами и приказалъ отрубить голову одному изъ нихъ; или если бы кому нибудь изъ проживающихъ у насъ князей черкесскихъ вздумалось заколоть кинжаломъ невѣрную жену.

ОТДѢЛЕНІЕ II.

Виды и степени вины.

§ 55. По отдѣленіи дѣяній случайныхъ, которыя ни какъ не могутъ быть относимы на счетъ субъекта и вмѣнены ему въ вину, остаются для дальнѣйшаго анализа дѣянія не случайныя, сознательно произвольныя. Виновность въ нихъ субъекта допускаетъ безчисленное множество постепенностей и оттѣнковъ, которые не могутъ не имѣть вліянія на наказаніе. Между преступникомъ, который не прочь изъ послѣдствій дѣянія, хотя и не желаетъ его вовсе и тѣмъ который прямо желаетъ этихъ послѣдствій есть огромная разница. Есть разница между человѣкомъ, который имѣетъ только смутное представленіе о томъ, что поступокъ его можетъ имѣть дурныя послѣдствія и человѣкомъ который ясно видитъ послѣдствія, долженствующія неминуемо проистечь отъ его поступка. Въ объективной сторонѣ преступленія мы замѣтили двѣ ступени: покушеніе и совершеніе, точно также и въ субъективной сторонѣ преступленія или въ винѣ мы можемъ различить два главныя оттѣнка: *неосторожность и умыселъ.*

СТАТЬЯ 1.

Неосторожность.

Первый видъ вины,—*неосторожность* (culpa, Versehen, Fahrlässigkeit), есть переходная форма между виною и невинностью, нѣчто посредствующее между тѣмъ и другимъ. Подъ понятіе неосторожности подходятъ всѣ случаи, когда преступникъ, хотя дѣйствовалъ произвольно, но не желалъ и не предвидѣлъ вредныхъ послѣдствій своего поступка, хотя бы и могъ ихъ предвидѣть, если бы дѣйствовалъ съ должною въ общежитіи предусмотрительностью. Вина въ подобномъ дѣяніи есть, но отрицательная, то есть дѣятель отвѣчаетъ собственно не за то, что сдѣлалъ, но за то что сдѣлать упустилъ (за необращеніе должнаго вниманія на послѣдствія своего поступка); онъ отвѣчаетъ не за то чего онъ хотѣлъ, но за то что не хотѣлъ быть внимательнымъ, осторожнымъ. Отличительная черта неосторожностей есть ихъ ненамѣренность (совершеніе ихъ ненарокомъ). Спрашивается: мо-

жетъ ли человѣкъ отвѣчать за то о чемъ онъ не зналъ, чего онъ себѣ не представлялъ, что не входило въ его намѣреніе? Всѣ положительныя законодательства и наука рѣшаютъ этотъ вопросъ утвердительно. Такой человѣкъ можетъ быть наказанъ, потому что въ извѣстныхъ случаяхъ само незнаніе можетъ быть поставлено въ вину, сама непрозорливость можетъ заключать въ себѣ нарушеніе обязанности юридической. Будучи существомъ разумнымъ человѣкъ имѣетъ не только право требовать чтобы съ нимъ обходились какъ съ существомъ разумнымъ, но и обязанность употреблять эту способность въ дѣло и руководствоваться ею, недѣйствовать очертя голову, на *авось*, быть смышленнымъ и расторопнымъ.

Живя между людьми, вліяя на нихъ безпрестанно и самъ подчиняясь ихъ вліянію, человѣкъ отвѣчаетъ за свои не намѣренныя дѣйствія въ двоякомъ отношеніи: а) онъ обязанъ вознаградить за всякій вредъ матеріальный, котораго онъ былъ, хотя и неумышленно, физическимъ виновникомъ или къ которому далъ поводъ своимъ недосмотромъ (такимъ образомъ онъ отвѣчаетъ напр. за своего сына малютку, за свою собаку, которая искусала постороннихъ); b) онъ можетъ быть подвергнутъ даже уголовному взысканію за недостатокъ вниманія и осмотрительности. Это взысканіе не можетъ быть тяжкое, оно значительно слабѣе наказанія за умыселъ. Какъ же опредѣлить мѣру предусмотрительности, при отсутствіи которой дѣяніе становится виновнымъ? Эта мѣра можетъ быть опредѣлена не столько законодателемъ, сколько судьями (всего лучше присяжными), въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Отъ лица требуется то среднее благоразуміе, которымъ одарено значительное большинство людей и которое равно удалено отъ тонкой проницательности, которой ни въ комъ нельзя предполагать, какъ и отъ тупоумія и глупости, уничтожающихъ или уменьшающихъ вмѣняемость. D уронилъ спичку на полъ, на нее наступила дама, которой платье отъ спички загорѣлось; она умерла отъ обжога. F бросилъ съ четвертаго этажа мѣдный пятакъ странствующимъ игравшимъ на дворѣ музыкантамъ; пятакъ ударилъ одного изъ нихъ въ високъ и убилъ его на повалъ. Въ обоихъ этихъ случаяхъ связь была столь далекая между дѣйствіемъ и послѣдствіями, и вѣроятность этихъ послѣдствій столь мала, что предвидѣть ихъ могъ только проницательный человѣкъ, слѣдовательно дѣяніе должно считаться случайнымъ, а не неосторожнымъ. Пастухъ развелъ огонь въ лѣсу и ушелъ не потушивши его, отчего произошелъ лѣсной пожаръ; G открылъ кранъ газовой трубы, отчего произошелъ взрывъ. Въ двухъ послѣднихъ случаяхъ связь между дѣйствіемъ и послѣдствіями столь прямая и очевидно близкая, что непростительно не видѣть ее. Неосторожность наказуема не всегда, не во всѣхъ преступленіяхъ, а только въ нѣкоторыхъ, а именно, въ самыхъ тяжкихъ, и то только такихъ, которыхъ

наказуемость, даже когда они совершены по неосторожности, именно опредѣлена закономъ, напр. убійство, причиненіе пожара, ошибка со стороны аптекаря при отпускѣ лекарствъ. Новѣйшія законодательства или умалчиваютъ совсѣмъ о неосторожности въ общей части уголовнаго права, относя ее цѣликомъ въ часть особенную т. е. исчисляютъ отдѣльные случаи преступной неосторожности при разборѣ отдѣльныхъ преступленій (напр. Code pénal art. 319, 320); прусскій кодексъ 1851 г.; австрійскій кодексъ 1852 г., § 335); или ограничиваются однимъ опредѣленіемъ неосторожности (саксонскій кодексъ 1855 г., § 44), или простымъ поименованіемъ ея (баварскій кодексъ 1861 г., § 6), съ сылкою потомъ на особенную часть, на спеціально поименованные въ этой части случаи. Неосторожность не идетъ ко всѣмъ такъ называемымъ покушеніямъ; неосторожность и покушеніе это два разнородныя, исключающія себя взаимно понятія, которыя не могутъ быть сочетаемы одно съ другимъ. Безчисленныя неосторожности совершаются въ жизни, но уголовное правосудіе не можетъ обремѣнять себя работою слѣдить за ними. Неосторожность становится наказуемою только съ тѣхъ поръ, когда отъ нея послѣдовалъ какой нибудь вредъ матеріальный дѣйствительный. Между преступленіями есть и такія, которыя для полноты своего состава требуютъ непремѣнно наличности какой нибудь преступной цѣли, для которой внѣшнее дѣйствіе субъекта есть небольше какъ средство (напр. кража или мошенничество требуютъ цѣли корыстной); подобныя преступленія очевидно не могутъ быть совершаемы по неосторожности (такъ что неосторожная кража или неосторожное мошенничество немыслимы). Однимъ словомъ преступная неосторожность рѣдко встрѣчается на практикѣ и возможна только въ нѣкоторыхъ, весьма не многихъ преступленіяхъ; умышленность есть общій признакъ огромнаго большинства преступленій, а наказуемость неосторожности является въ видѣ исключенія изъ общаго правила.

Видоизмѣненія неосторожности. Съ весьма давнихъ временъ казуисты пытались подмѣтить разные оттѣнки въ понятіи о винѣ и разграничить ихъ характеристическими чертами. Эти дѣленія изъ учебниковъ переходили въ кодексы (напр. подробная Фейербаховская классификація неосторожности въ кодексы: баварскій 1813 г., ольденбургскій, ганноверскій); нынѣ они оставляются, потому что время обнаружило ихъ непрактичность, да и логическія основанія ихъ оказываются весьма шаткими. Старинное трехчленное дѣленіе неосторожности на *culpa lata, levis* et *levissima* (Karpzow), теперь оставлено и забыто. Нѣкоторые современные криминалисты (напр. Бернеръ въ Imputationslehre и въ Lehrbuch) дѣлятъ еще и теперь неосторожность на двѣ степени: 1) negligentia; unbewusste culpa, Unbeachtsamkeit, когда виновникъ не предвидѣлъ вредныхъ послѣдствій своего дѣянія, хотя и

могъ бы предвидѣть, если бы дѣйствовалъ съ должною предусмотрительностью; 2) luxuria, bewusste culpa, Fahrlässigkeit или Frewelhaftigkeit, когда виновникъ сознавалъ возможность вредныхъ послѣдствій отъ своего поступка, хотя и не желалъ ихъ и не смотря на то легкомысленно на поступокъ рѣшился. Первый видъ неосторожности можно бы по русски назвать *безпечностью*, второй *оплошностью*. Это дѣленіе не можетъ выдержать критики, потому что оплошность (luxuria) не можетъ быть считаема видомъ неосторожности; коль скоро въ преступникѣ есть сознаніе о возможности вредныхъ послѣдствій отъ дѣянія и онъ не смотря на то рѣшился на преступленіе, то дѣяніе его не можетъ считаться неосторожнымъ; оно просто умышленное.

СТАТЬЯ 2.

Умыселъ.

§ 56. Второй видъ вины есть *умыселъ* (dolus). Умысломъ называется то настроеніе воли преступной, когда субъектъ дѣйствовалъ намѣренно, не только произвольно, но и съ предвидѣніемъ послѣдствій, иными словами когда онъ рѣшился на злое дѣло завѣдомо о послѣдствіяхъ, при чемъ все равно желалъ ли онъ этихъ послѣдствій или нѣтъ. Если онъ ихъ предвидѣлъ, то рѣшаясь на преступленіе, онъ взялъ ихъ на свою душу, на свою отвѣтственность. Предвидѣніе послѣдствій въ умыслѣ можетъ быть болѣе или менѣе ясное; въ различной степени послѣдствія преступленія могутъ быть желаемы; эти различія въ знаніи и желаніи должны быть принимаемы въ соображеніе при опредѣленіи мѣры соотвѣтствующаго преступленію наказанія. Для уясненія себѣ вопроса въ какой степени могутъ они влiять на наказаніе обратимся къ опыту, вспомнимъ что происходитъ въ душѣ каждаго изъ насъ, пока онъ не начнетъ дѣйствовать: возстановимъ мысленно въ историческомъ порядкѣ всѣ явленія, изъ которыхъ слагается процессъ дѣятельности нашей воли.

Человѣкъ зависитъ отъ міра внѣшняго, нуждается въ постоянныхъ изъ него заимствованіяхъ для поддержанія своего существованія и для своего развитія; онъ ощущаетъ множество потребностей, которыя подстрекая дѣятельность его психическую, служатъ побудительными причинами или мотивами (двигателями) его дѣйствій. Потребности заставляютъ умъ мыслить, познавать явленія, различать что въ мірѣ внѣшнемъ пригодно для удовлетворенія нашихъ потребностей и что нѣтъ: они заставляютъ воображеніе создавать идеалы блаженства и представлять

себѣ наглядно тѣ наслажденія, которыхъ можно ожидать отъ того или другаго предмета; они заставляютъ волю желать чего нибудь, опредѣляться въ извѣстномъ направленіи. Подстрекаемый внутренними потребностями человѣкъ ставитъ себѣ вдали извѣстныя внѣшнія цѣли и начинаетъ къ нимъ стремиться. Достигнуть цѣли и удовлетворить потребности человѣкъ можетъ не иначе, какъ произведши извѣстную перемѣну въ мірѣ внѣшнемъ, которая бы поставила его у цѣли. Обдумавъ возможность совершить такую перемѣну, человѣкъ вооружается извѣстною долею энергіи, потребною для совершенія, онъ рѣшается и вслѣдствіе этой рѣшимости вторгается въ міръ внѣшній, — дѣйствуетъ. Сознаніе возможности произвести перемѣну въ мірѣ внѣшнемъ, подѣйствовавшее на рѣшимость и руководившее преступникомъ при исполненіи, называется намѣреніемъ. И такъ въ процессѣ дѣятельности воли замѣтны три главные момента: сначала *ощущеніе потребности*, какъ мотивъ, потомъ *поставленіе цѣли* (intentio, propositum, Absicht), ради которой лицо будетъ дѣйствовать; потомъ обдуманная рѣшимость на извѣстное дѣйствіе или *намѣреніе* (voluntas, Vorsatz), которое лицо пытается осуществить; это намѣреніе сквозитъ въ суммѣ всѣхъ тѣлодвиженій субъекта и послѣдствій его дѣйствія и составляетъ идеальное ихъ единство. Осуществленіемъ намѣренія лицо достигаетъ желаемой цѣли, а въ достиженіи цѣли оно находитъ удовлетвореніе той или иной потребности. Уяснимъ эти моменты дѣятельности воли примѣромъ. Петръ убилъ Андрея выстрѣломъ изъ пистолета. Зачѣмъ онъ выстрѣлилъ? Онъ хотѣлъ убить Андрея (намѣреніе). Почему хотѣлъ онъ убить? Онъ хотѣлъ завладѣть деньгами, которые Андрей имѣлъ при себѣ (цѣль). Почему же Петръ хотѣлъ завладѣть деньгами Андрея? Онъ хотѣлъ спасти семью свою отъ голода и обезпечить себѣ безбѣдное существованіе на остальную жизнь (мотивъ). Эта послѣдовательность въ отправленіяхъ воли имѣетъ важное значеніе для уголовнаго права. Спрашивается на которомъ изъ этихъ моментовъ основать вмѣненіе? что взять за масштабъ при измѣреніи вины: мотивъ ли, цѣль ли или одно намѣреніе преступника?

При рѣшеніи этого вопроса надобно тщательно отличать вмѣненіе нравственное отъ юридическаго. При вмѣненіи *нравственномъ*, когда мы желаемъ составить себѣ понятіе о достоинствѣ того или другаго лица, сужденіе наше главнымъ образомъ основывается на мотивахъ, а непосредственная цѣль того или другаго дѣйствія лица имѣетъ второстепенное значеніе и занимаетъ насъ на столько, на сколько она освѣщаетъ его характеръ и раскрываетъ сокровенныя пружины всѣхъ его дѣйствій вообще. Мѣрою величины человѣка служатъ самые мотивы; смотря по чистотѣ мотивовъ, смотря потому дѣйствовало ли лицо ради одного только добра или изъ за мелкихъ, эгоистическихъ разчетовъ,

мы говоримъ что это лицо великій гражданинъ или подлецъ. Когда храбрецъ бросается отважно въ батальный огонь, на штыки непріятельскіе, намъ хочется знать одушевляла ли его любовь къ отечеству или онъ хотѣлъ только отличиться и получить крестъ георгіевскій. Когда филантропъ жертвуетъ часть состоянія на гошпиталь или школу, когда меценатъ сыплетъ щедрою рукою деньги литераторамъ и артистамъ, намъ любопытно знать дѣлаетъ ли онъ это изъ любви къ человѣчеству, наукѣ, искуству или просто для того, чтобы объ немъ говорила публика. При видѣ грязнаго, нехорошаго поступка мы невольно бываемъ озадачены вопросомъ: дѣйстиовало ли такъ лицо по глупости или по подлости характера: мы извиняемъ многое неразумному убѣжденію, но остаемся неумолимы въ отношеніи къ недобросовѣстности. По мотивамъ мы узнаемъ какія были у дѣятеля потребности, какъ относился онъ къ этимъ потребностямъ, которымъ изъ нихъ отдавалъ онъ преимущество, въ чемъ полагаетъ онъ свой идеалъ блаженства, въ чувственныхъ ли наслажденіяхъ, или въ удовольствіи доставляемомъ властью надъ другими, или въ богатствѣ, или наконецъ въ иныхъ благахъ, болѣе идеальныхъ. Сужденіе о мотивахъ бываетъ всегда гадательное, ипотетическое, потому что не только весьма трудно каждому заглянуть въ душу другаго человѣка, но и самъ дѣятель иногда не умѣетъ дать себѣ точнаго отчета, почему онъ дѣйствовалъ такъ, а не иначе. Исторія какъ наука, больше всего занята безпрестанною повѣркою и измѣненіемъ своихъ приговоровъ о великихъ дѣятеляхъ историческихъ. Вспомнимъ сколько на нашей памяти вывела она личностей изъ своего рая и сколько окаянныхъ освободила она изъ историческаго ада, сколько самыхъ разнообразныхъ толковъ о Иванѣ Грозномъ, о Петрѣ Великомъ. Настоящій подсудимый, по дѣлу царевича Алексѣя Петровича былъ не Алексѣй, но самъ Петръ. Вспомнимъ какое живое впечатлѣніе произвела недавно „жизнь Сперанскаго“, въ которой это довольно туманное лицо сведено къ его настоящимъ размѣрамъ и оказалось, что это былъ реформаторъ безъ всякихъ личныхъ убѣжденій, талантливый проектеръ какихъ угодно преобразованій, ловкое перо, которымъ всегда водила чья нибудь чужая рука. Ни одно, можетъ быть, лицо неподвергалось въ мнѣніи общественномъ въ нынѣшнемъ столѣтіи такимъ изумительно неожиданнымъ превращеніямъ какъ Наполеонъ I. Узникъ острова св. Елены выросъ въ воображеніи народномъ въ лицо эпическое, сталъ представителемъ демократіи, какимъ то апостоломъ, мученикомъ, принимаемъ былъ многими за мессію и пророка. Изъ ненависти къ мѣщанству и правительству Люи-Филиппа, всѣ партіи одна передъ другою идеализировали деспота; въ этомъ смыслѣ дѣйствовали и бонапартисты и республиканцы, соціалисты и ретрограды, такъ что въ 1848 династія наполеонидовъ нашла для себя мѣсто уготованное. Но съ этой же минуты

началась и реакція противу великаго императора, явился цѣлый рядъ книгъ и изслѣдованій желчныхъ, которыми развѣянъ туманъ легендарный и разоблачено лицо настоящее, какимъ оно было въ дѣйствительности, человѣкъ несимпатичный, жестокій, самолюбивый, мало возбуждающій почтенія какъ характеръ, лишенный качествъ требуемыхъ отъ великаго гражданина. При вмѣненіи юридическомъ главное основаніе для сужденія есть намѣреніе непосредственное съ которымъ совершено дѣяніе. Судья не можетъ и не долженъ продолжать въ безконечность свой анализъ; изъ безконечной цѣпи онъ долженъ взять лишь нѣсколько звѣньевъ; изъ послѣдствій дѣянія, онъ долженъ уважить только тѣ немногія, кои субъектъ могъ предвидѣть, прозорливость же человѣка не идетъ далеко; что касается до причинъ дѣянія, то ему достаточно удостовѣриться въ наличности преступнаго намѣренія, рѣдко придется ему доискиваться цѣли, которую преступникъ имѣлъ въ виду, наконецъ первоначальные мотивы почти и не принимаются въ расчетъ; они могутъ вліять слабо и только косвенно на мѣру наказанія, усиливая ее до нѣкоторой степени или уменьшая. Есть преступленія причиняющія безусловный вредъ отдѣльному человѣку или обществу (не сомнѣнное — безо всякаго +), напр. человѣкъ убитъ, вещь истреблена, разбой, изнасилованіе учинены. Въ подобныхъ преступленіяхъ само намѣреніе явствующее изъ дѣянія столь очевидно преступно, что для полноты состава преступленія больше ничего и не требуется. Дѣяніе считается преступнымъ, коль скоро оно совершено сознательно и завѣдомо о послѣдствіяхъ, то есть намѣренно, потому что такое намѣреніе никогда бы не должно было состояться у порядочнаго гражданина; порядочный гражданинъ не долженъ бы былъ никогда ставить себѣ цѣли, къ которой ведутъ столь злокачественныя средства. Но есть преступленія, причиняющія вредъ уголовный относительный; внѣшнее ихъ дѣйствіе не при всякихъ условіяхъ злодѣйское; большею частью это такія преступленія, посредствомъ которыхъ что теряетъ одно лицо, то прирастаетъ другому, идетъ въ пользу другаго лица. Въ подобныхъ преступленіяхъ не достаточно намѣренія, то есть сознательности дѣйствія завѣдомо о послѣдствіяхъ, нужно еще доказать что сама цѣль была преступная, что обстоятельства ради которыхъ человѣкъ рѣшился на преступленіе, долженствовали бы быть чужды хорошему гражданину, который не долженъ бы былъ никогда ими руководствоваться (я сознательно беру чужую вещь безъ вѣдома владѣльца, его книгу, портфель, пальто; или я ввожу сознательно другое лицо въ заблужденіе. Оба эти дѣйствія не очевидно преступны; я могъ желать посмѣяться надъ лицомъ введеннымъ въ заблужденіе, я могъ и не желать присвоить себѣ чужую книгу, портфель, но владѣлецъ этихъ вещей мой пріятель и я могъ взять его вещи въ полной увѣренности, что онъ не будетъ въ претензіи, вотъ почему

нельзя по одному внѣшнему дѣйствію назвать моихъ поступковъ, перваго кражею, втораго обманомъ). Нужно еще доказать что заборъ чужой вещи совершенъ мною съ цѣлью корыстною, что другое лицо я вводилъ въ заблужденіе съ цѣлью причинить ему ущербъ въ правахъ имущественныхъ. И такъ изъ всего вышесказаннаго слѣдуетъ, что во всѣхъ преступленіяхъ умышленныхъ намѣреніе, а въ нѣкоторыхъ намѣреніе и цѣль суть достаточныя основанія для вмѣненія юридическаго, отъ которыхъ нѣтъ надобности пятиться назадъ и отходить до мотивовъ, потому что: a) мотивы сокровенны, и во многихъ случаяхъ открыть ихъ нельзя; b) что благородствомъ мотивовъ ни сколько не извиняется подлое дѣло; подлымъ человѣкомъ будетъ всегда считаться тотъ, кто ходитъ подлыми путями, каковы бы не были его задушевныя убѣжденія. Никому не дано попирать законъ и общественный порядокъ, каковы бы не были его убѣжденія. Кража останется всегда кражею, хотя бы она была учинена съ цѣлью раздать покраденное нищимъ. Убійство не перестанетъ быть убійствомъ, не смотря на то, совершено ли оно простымъ разбойникомъ, или Шарлоттою Кордэ, или Орсини; можно съ чистою совѣстью, сочувствуя даже мотивамъ, подать голосъ въ пользу полнаго сужденія обвиняемаго въ подобныхъ случаяхъ [1]).

§ 57. *Видоизмѣненія умысла.* На отношеніи намѣренія или того на что преступникъ рѣшился, къ цѣли, или къ тому ради чего онъ рѣшился, основывается дѣленіе умысла на множество видовъ, которыхъ анализомъ занимались тщательно въ особенности нѣмецкіе криминалисты (начиная съ Карпцова и въ особенности съ Фейербаха), между тѣмъ какъ французскіе ученые оставляли этотъ предметъ почти совсѣмъ неразобраннымъ. Полнѣйшае изложеніе нѣмецкихъ ученій объ умыслѣ, можно найти у Круга (Ueber dolus und culpa. Leipzig, 1854), у Беккера (Theorie des heutigen deutschen Strafrechts. 1859) и у Гесслера (Ueber den Begriff und die Arten des Dolus. 1860). Главнѣйшія виды умысла подмѣченные наукою были слѣдующіе: 1) *умыселъ прямой или опредѣленный* (dolus determinatus или specialis), когда преступникъ именно того желалъ, что было послѣдствіемъ дѣянія, иными словами когда онъ ставилъ себѣ цѣлью послѣдствія дѣянія. 2) *Умыселъ неопредѣленный* (dolus indeterminatus или generalis), когда послѣдствія преступленія представлялись преступнику въ неясныхъ очертаніяхъ и воля его относится не ко всѣмъ этимъ послѣдствіямъ одинаково. Этотъ видъ подраздѣляемъ былъ на слѣдующіе оттѣнки: a) *dolus alternativus*, когда преступникъ предвидѣлъ возможность нѣсколькихъ вредныхъ послѣдствій отъ своего дѣянія, изъ коихъ одно было

---

[1]) Эта мысль превосходно развита въ судебныхъ преніяхъ по дѣлу Орсини въ рѣчахъ *Chaix d'Est Ange* и *Jules Favre.*

неизбѣжно и одинакого желалъ одного, или другаго, или третьяго и т. д. b) *Dolus indirectus*, когда преступникъ не желалъ вовсе извѣстныхъ послѣдствій дѣянія, но предвидѣлъ что они должны не минуемо наступить, и не смотря на то рѣшился, слѣдовательно взялъ послѣдствія на свою отвѣтственность (напр. М хочетъ отравить А и В, но можетъ ихъ отравить только тогда, когда они будутъ обѣдать вмѣстѣ съ С и D; онъ рѣшается отравить всѣхъ четырехъ; его умыселъ въ отношеніи С и D есть только косвенный. Покушеніе Орсини на жизнь Наполеона III посредствомъ ручныхъ бомбъ 14 января 1858 г., имѣло неизбѣжнымъ послѣдствіемъ смерть и увѣчіе многихъ лицъ изъ публики, чего Орсини вовсе не желалъ). c) *Dolus eventualis*, когда преступникъ не желалъ извѣстныхъ послѣдствій, предвидѣлъ что они могутъ случиться и не смотря на то рѣшился (напр. любовникъ отправляясь на свиданіе съ чужою женою, запасается на всякій случай револьверомъ и убиваетъ мужа, заставшаго его въ прелюбодѣяніи). Есть еще болѣе насчитываемыхъ криминалистами видоизмѣненій умысла, а запутанность въ ученіи объ умыслѣ увеличивается еще тѣмъ, что и неосторожность столь близко подходитъ къ нѣкоторымъ видамъ умысла (напр. luxuria къ dolus eventualis), что нѣтъ возможности развести ихъ и отдѣлить. Хотя во многихъ кодексахъ нѣмецкихъ усвоены дѣленія научныя умысла (австр. § 1, саксон. § 47), но въ послѣднне время даже и въ Германіи приходятъ къ тому убѣжденію, что вся почти работа дѣленія умысла была своего рода схоластика, что бездна остроумія потрачена напрасно, а результаты изслѣдованій не могутъ имѣть ни какого примѣненія на практикѣ; что если и есть постепенности въ умыслѣ, то ихъ нельзя разграничить, потому что они ускользаютъ изъ рукъ теоретика; оцѣнку ихъ надобно цѣликомъ предоставить судьямъ и присяжнымъ. Такъ и поступаютъ новѣйшіе кодексы (прусскій 1851 г., баварскій 1861 г.); они воздерживаются не только отъ дѣленія умысла на виды, но и отъ всякаго опредѣленія умысла, а наличность умысла принимаютъ тамъ, гдѣ есть, хотя бы и весьма неясное, предвидѣніе послѣдствій. Послѣдствія представляются всегда преступнику въ болѣе или менѣе туманныхъ очертаніяхъ, какъ болѣе или менѣе вѣроятныя, и нѣтъ возможности опредѣлить, хотя бы только приблизительно, какъ относилась воля къ тому или другому изъ послѣдствій, вытекавшихъ изъ дѣйствія, но независѣвшихъ отъ дѣятеля; нѣтъ возможности опредѣлить, что считалъ субъектъ необходимымъ, что вѣроятнымъ и что возможнымъ послѣдствіемъ своего дѣянія. Положимъ, что М выстрѣлилъ въ N на близкомъ разстояніи изъ пистолета; кажется послѣдствія должны были предвидѣться М-омъ какъ необходимыя; но М можетъ доказывать, что они представлялись ему не какъ необходимыя, а только какъ вѣроятныя; пуля могла отскочить, задѣть слегка N-а или пролетѣть мимо. Z стрѣ-

лялъ въ X; при этомъ онъ и не думалъ какую часть организма поразитъ его пуля, какимъ образомъ она повредитъ этотъ организмъ и которое изъ этихъ поврежденій причинитъ смерть убиваемому. С ранилъ D; при этомъ онъ и не думалъ о томъ, на сколько времени сдѣлаетъ онъ D неспособнымъ къ работамъ. Зажигатель поджигая домъ не могъ знать чье имущество сгоритъ при распространеніи пожара. Когда сбылось то изъ послѣдствій, которое преступникъ считалъ только возможнымъ, а не сбылось то, которое онъ считалъ необходимымъ, когда случилось то, на что онъ рѣшился умысломъ косвеннымъ (dolo indeterminato), а не свершилось то, къ чему онъ стремился умысломъ прямымъ, то для правосудія все равно (А хотѣлъ отравить В и подалъ ядъ В и С, обѣдавшимъ вмѣстѣ, но отъ яду В не умеръ, а умеръ только С). Непрактичность схоластическаго дѣленія умысла, всего виднѣе въ случаяхъ, называемыхъ *aberratio delicti*, то есть уклоненія преступленія въ его послѣдствіяхъ отъ предполагаемой преступникомъ цѣли, когда изъ дѣйствія вышло то да не такъ, какъ онъ предполагалъ, напр. Иванъ хотѣлъ убить Антона, а по ошибкѣ попалъ въ Петра. Здѣсь нельзя усматривать стеченія двухъ дѣйствій: умысла на жизнь Петра, необлеченнаго въ дѣло и потому ненаказуемаго, и неосторожнаго убіенія Антона; здѣсь будетъ просто умышленное смертоубійство; Иванъ хотѣлъ убить человѣка и убилъ человѣка, а какого? это вопросъ второстепенный: всякое убійство преступно. Двое крестьянъ имѣютъ общій лугъ, скосили его и подѣлились сѣномъ; копна направо принадлежитъ Сидору, на лѣво Мартыну. Сидоръ задумалъ украсть ночью копну Мартынову, но въ потьмахъ ошибся и свезъ свою; на другой день онъ свезъ копну Мартынову вмѣсто своей, въ полной увѣренности что это его собственная. Всякій судъ рѣшитъ что Сидоръ виноватъ въ кражѣ, а между тѣмъ, если слѣдовать казуистической схоластикѣ нѣкоторыхъ криминалистовъ, то настоящій случай представляетъ только стеченіе покушенія на кражу надъ негоднымъ объектомъ и случайнаго захвата чужой вещи. А поразилъ В топоромъ и думая что В убитъ, бросаетъ его въ рѣку для скрытія трупа; В не убитъ, но утопаетъ. Въ этомъ случаѣ нѣкоторые напр. *Berner* (Lehrbuch § 149), видятъ стеченіе покушенія на убійство съ неосторожнымъ убійствомъ, между тѣмъ какъ всѣ почти суды рѣшатъ, что здѣсь было просто на просто умышленное смертоубійство и рѣшеніе это будетъ ближе къ истинѣ, нежели выводы схоластической казуистики.

Гораздо практичнѣе другое дѣленіе умысла по разстоянію между тѣмъ моментомъ когда преступленіе созрѣло въ душѣ преступника и тѣмъ когда преступникъ его исполнилъ. Бываютъ случаи когда намѣреніе съ рѣшимостью и исполненіе слѣдуетъ одно за другимъ медленно,

съ промежутками, такъ что преступникъ могъ обдумать, оцѣнить послѣдствія; знаніе послѣдствій зрѣлѣе, а потому и вина больше. Такой видъ умысла называется предумышленіемъ (praemeditatio или dolus praemeditatus, Ueberlegung). Весьма многія преступленія не иначе могутъ быть совершаемы какъ съ предумышленіемъ, таковы всѣ преступленія сложныя, требующія много времени для ихъ совершенія напр. подлогъ, мошенничество). Но во многихъ преступленіяхъ можетъ быть, что намѣреніе съ рѣшимостью и исполненіе почти совпадали, такъ что мысль преступная блеснула, была тотчасъ усвоена и мгновенно осуществлена злодѣемъ. Такой умыселъ называется внезапнымъ (dolus repentinus). Обыкновенно онъ совпадаетъ съ какимъ нибудь сильнымъ душевнымъ волненіемъ, которое, сообщая толчекъ преступнику на исполненіе преступленія, уменьшаетъ вину, какъ обстоятельство ослабляющее вмѣняемость. Вотъ почему внезапный умыселъ смѣшивается иногда съ другимъ понятіемъ: impetus т. е. умысломъ исполненнымъ среди душевнаго волненія, хотя оба эти понятія не всегда совпадаютъ, не всегда покрываются одно другимъ. Можно себѣ представить обдуманное заранѣе намѣреніе исполненное среди волненія, которое привошло потомъ и дало толчекъ къ исполненію. Можно себѣ представить также намѣреніе внезапно состоявшееся, но исполненное спокойно; наконецъ можно себѣ представить преступленіе довольно сложное, обдуманное во всѣхъ подробностяхъ и исполненное среди одного и того же душевнаго волненія, которое продолжалось неулегаясь въ душѣ субъекта.

Примѣчаніе. Иногда въ одномъ и томъ же дѣяніи стекаются и умыселъ и неосторожность, тогда ихъ слѣдуетъ разсматривать какъ два отдѣльныя преступленія, и по каждому изъ нихъ надобно установить особо вмѣненіе. Подобное стеченіе случается тогда, когда преступникъ совершаетъ преступленіе умышленное, изъ коего вытекаетъ другое правонарушеніе неумышленное, которое преступникъ долженъ бы былъ предпредвидѣть, если бы дѣйствовалъ предусмотрительно, (напр. воръ дѣйствуя съ огнемъ, производитъ пожаръ въ домѣ, изъ котораго онъ похищалъ вещи). Старинные юристы (Karpzow, Leyser и др.) пріурочивали такую неосторожность къ умыслу косвенному (dolus indirectus). Такъ напр. если A хотѣлъ только ранить B, но отъ раны послѣдовала смерть, то они полагали, что въ этомъ случаѣ заключается убійство dolo indirecto; такимъ толкованіемъ они очевидно хотѣли отнять у виновника возможность отговариваться тѣмъ, что у него небыло *animus occidendi*. Feuerbach, отвергая этотъ взглядъ, изобрѣлъ для подобныхъ случаевъ новое названіе: *culpa dolo determinata*, неосторожность опредѣленная умысломъ (Lehrbuch § 60). Теперь этотъ терминъ оставленъ и вышелъ изъ употребленія, потому что въ подобныхъ вышеприве-

деннымъ случаяхъ не одна culpa, окрашенная умысломъ и не одинъ dolus, но смѣсь того и другаго, какъ что вмѣсто термина придуманнаго Фейербахомъ, съ большею основательностью можно бы употребить выраженіе culpa dolo admixta.

РАЗДѢЛЪ V.

Стеченіе многихъ лицъ въ одномъ преступленіи.

§ 58. Стеченіе многихъ преступниковъ въ одномъ и томъ же преступленіи (Concursus plurium ad delictum, concursus delinquentium, complicité, participation au délit, Theilnahme am Verbrechen) [1]) есть послѣдній изъ предстоящихъ намъ къ рѣшенію узловъ въ ученіи о преступленіи; узелъ самый трудный и сложный потому, что онъ представляетъ безчисленное множество комбинацій, которыя почти неисчерпаемы казуистически. Каждое необдуманное, одностороннее, поспѣшно выведенное общее положеніе ведетъ здѣсь тотчасъ къ нелѣпымъ результатамъ, противнымъ здравому смыслу. Трудность вопроса о стеченіи заключается въ слѣдующемъ. Когда преступленіе совершено совокупными усиліями нѣсколькихъ лицъ, то на каждаго изъ нихъ падаетъ цѣлое преступное дѣло въ полномъ его составѣ, цѣлая перемѣна, которую они пытались произвести или произвели въ мірѣ внѣшнемъ. Объективная сторона преступленія всѣмъ имъ общая, для каждаго изъ нихъ одинаковая; она недѣлится на доли съ отнесеніемъ на счетъ каждаго изъ участвовавшихъ только частнаго отъ раздѣленія общаго ихъ произведенія на число участвовавшихъ; они отвѣчаютъ за всѣ послѣдствія преступленія солидарно, общею круговою отвѣтственностью (communio delicti); всѣ они подходятъ подъ одинъ и тотъ же уголовный за-

[1]) *Жиряевъ*, О стеченіи нѣсколькихъ лицъ при одномъ и томъ же преступленіи Дерптъ. 1850.

конъ [1]). Но съ другой точки зрѣнія субъективная сторона въ преступленіи для каждаго изъ соучастниковъ совершенно особая. У каждаго воля иначе была настроена, у каждаго было иное знаніе, иное предвидѣніе послѣдствій. Каждый долженъ быть судимъ по мѣрѣ своего знанія и своей рѣшимости; его знаніе и рѣшимость обнаруживаются посредствомъ его личнаго содѣйствія, а его личное содѣйствіе есть только одна изъ составныхъ частей общаго произведенія всѣхъ соучастниковъ. Такимъ образомъ, желая быть справедливымъ въ отношеніи къ каждому изъ соучастниковъ при наказаніи ихъ по одному закону уголовному, надобно выдѣлить мысленно изъ общаго произведенія личное участіе каждаго соучастника, по этому участію расчитать его вину и сообразно этой винѣ опредѣлить и степень и мѣру наказанія [2]). Весьма многое при этой оцѣнкѣ, можетъ быть предоставлено судьѣ, однако не все, потому что въ такомъ случаѣ произошло бы величайшее разнообразіе въ рѣшеніяхъ; что одинъ судья считаетъ менѣе тяжкимъ видомъ участія, то другой считалъ бы болѣе тяжкимъ; одинъ бы болѣе налегалъ на субъективный, другой на объективный элементъ при вмѣненіи. Для избѣжанія замѣшательства и противурѣчій законодатель долженъ снабдить судью извѣстнымъ масштабомъ. Нетеряясь въ безконечномъ разнообразіи случаевъ, законодатель долженъ посредствомъ самаго тонкаго анализа уловить самые рѣзкіе и характеристическіе оттѣнки, потомъ раздѣлить участниковъ, на основаніи подмѣченныхъ различій, на разряды и установить для каждаго разряда особую наказуемость. Это дѣленіе должно быть столь общее и вѣрное, чтобы могло примѣняться къ каждому преступленію и къ каждому уголовному случаю отдѣльно взятому; коль скоро въ примѣненіи его практическомъ обнаружатся результаты неправильные, противные здравому смыслу, то оно должно быть быть оставлено, какъ исключительное и ложное. Это дѣленіе должно быть несложное, законодатель не долженъ терять изъ виду что онъ вводитъ его не для діалектическихъ цѣлей, но для практики; оно негодится коль скоро оно неведетъ къ установленію различія въ наказаніяхъ, постигающихъ соучастниковъ.

§ 59. Классификація лицъ стекающихся въ преступленіи можетъ быть совершена на разныхъ основаніяхъ. Самыя употребительныя въ

---

[1]) 3 сообщника совершили убійство; каждый изъ нихъ долженъ быть наказанъ, какъ за цѣлое убійство, а не какъ за $1/3$ убійства, хотя бы онъ самъ непосредственно и не прикладывалъ къ убійству своей руки.

[2]) Стекающихся преступниковъ можно сравнивать съ электрическою цѣпью изъ нѣсколькихъ человѣкъ, а наказаніе съ электрическимъ ударомъ. Этотъ ударъ поражаетъ всѣхъ, не смотря на ихъ число, но каждый изъ участвующихъ въ цѣпи ощущаетъ его сильнѣе или слабѣе, смотря по крѣпости или слабости своего тѣлосложенія.

настоящее время въ наукѣ и положительныхъ законодательствахъ дѣленія суть слѣдующія.

1) Дѣлятъ стеченіе на необходимое (concursus necessarius и только возможное (c. facultativus). Необходимымъ считается такое участіе нѣсколькихъ лицъ въ преступленіи, которымъ обусловливается само понятіе этого преступленія, безъ котораго это преступленіе не мыслимо. Есть преступленія кои не могутъ быть совершены иначе какъ совокупнымъ дѣйствіемъ нѣсколькихъ лицъ напр. прелюбодѣяніе, лихоимство, поединокъ. Стеченіе возможное есть такое участіе нѣсколькихъ лицъ въ преступленіи, которое не составляетъ необходимаго условія преступленія, такъ что преступленіе можетъ быть совершено или однимъ лицомъ или нѣсколькими. Это дѣленіе логически правильно, но оно чисто школьное и не помогаетъ нисколько къ устепененію соучастниковъ на разряды. Стеченіе необходимое, составляя принадлежность не многихъ преступленій входитъ въ область особенной части уголовнаго права, въ частже общей разбирается одно только стеченіе возможное, какъ самая общая форма стеченія.

2) Дѣлятъ содѣйствіе на предшествующее, современное и послѣдующее за преступленіемъ (*Chauveau et Hélie*, Théorie du c. p. éd. *Nypels* § 639 et suiv.). Предшествующее совершается подстреканіемъ, сообщеніемъ средствъ, устраненіемъ препятствій. Современное обнаруживается въ оказаніи помощи при самомъ исполненіи преступленія. Послѣдующее заключается въ одобреніи преступленія, въ укрывательствѣ виновнаго или предметовъ добытыхъ преступленіемъ, въ уничтоженіи слѣдовъ преступленія. Это дѣленіе имѣетъ два важные недостатка: a) содѣйствіе преступленію послѣдующее за преступленіемъ есть просто нелѣпость, contradictio in adjecto, сочетаніе двухъ взаимно себя исключающихъ понятій. Нельзя содѣйствовать тому что уже содѣяно; нельзя привойти въ преступленіе въ смыслѣ одной изъ его причинъ, когда преступленіе принадлежитъ уже къ области прошедшаго [1]); b) два первые вида содѣйствія: предшествующее и современное преступленію, хотя логически правильны, но не имѣютъ никакого примѣненія практическаго, потому что нельзя сказать напередъ которое изъ нихъ преступнѣе: то или другое?

3) Подраздѣляютъ стеченіе на A. *Участіе* и B. *Прикосновенность* (Begünstigung). Участниками называются тѣ лица, кои завѣдомо содѣйствовали совершенію одного и того же преступленія; прикосновенными тѣ, кои по поводу преступленія совершившагося безъ всякаго со-

---

[1]) Содѣйствіе послѣдующее принимается законодательствомъ англійскимъ, которое дѣлитъ стекающихся преступниковъ на accessaries before the fact и accessaries after the fact. *Stephen*, Summary of the criminal law. p. 9 — 12.

дѣйствія съ ихъ стороны, учинили иное противузаконное дѣяніе, состоящее въ связи съ первымъ. Весь этотъ классъ прикосновенныхъ лицъ подраздѣляется на три группы: а) укрыватели, b) попустители и с) недонесшіе о преступленіи замышляемомъ или совершенномъ другими лицами. Это дѣленіе тоже принадлежитъ ко времени прошедшему; оно покидается лучшими криминалистами и выводится мало по малу изъ употребленія въ законодательствахъ положительныхъ. Въ пользу его приводится то обстоятельство, что прикосновенные суть какъ бы спутники главныхъ участниковъ; что при ненаказуемости главныхъ участниковъ и они ненаказуемы; что при открытіи признаковъ усиливающихъ виновность и наказуемость главныхъ участниковъ и наказуемость прикосновенныхъ къ преступленію лицъ должна бы также возвышаться. Эти доводы нисколько неубѣдительны. Болѣе внимательный анализъ понятія прикосновенности убѣждаетъ въ томъ, что собственно нѣтъ существенной связи между преступными дѣйствіями, составляющими прикосновенность и главнымъ преступленіемъ; что прикосновенные могутъ быть наказываемы независимо отъ главныхъ участниковъ, да и не стекаются вовсе съ главными участниками въ одномъ и томъ же преступленіи; однимъ словомъ что прикосновенность распадается на нѣсколько самостоятельныхъ преступленій, которыя должны быть разсматриваемы какъ delicta sui generis, какъ полицейскіе проступки. Напрасно кодексы нѣмецкіе современные, допуская что Begünstigung есть преступленіе самостоятельное и подвергая его особымъ наказаніямъ, помѣщаютъ его однако въ общей части (прусскій кодексъ § 37; австрійскій § 6, баварскій 1861 г. §§ 58—61); собственно слѣдовало бы по примѣру Code pénal французскаго исключить всѣ виды прикосновенности изъ общей части и размѣстить ихъ въ части кодекса особенной. Для доказанія основательности этого предложенія разберемъ прикосновенность, раздѣливъ ее на составные ея элементы: попустительство, укрывательство и недонесеніе.

Попустительство (Nichtverhinderung) есть непрепятствованіе преступленію при возможности ему воспрепятствовать. Если оно основано на обѣщаніи предварительно данномъ попустителемъ преступнику, то оно составляетъ положительное соучастіе въ преступленіи, а не одну только прикосновенность, потому что оно могло содѣйствовать образованію рѣшимости на преступленіе въ преступникѣ, который убѣждается что ему не помѣшаютъ и тѣмъ бодрѣе приступаетъ къ исполненію намѣренія преступнаго. Если попустительству не предшествовало предварительно данное обѣщаніе, то оно составляетъ, самостоятельное преступленіе, да и то не всегда, а въ томъ лишь случаѣ, если на попустителѣ, по званію его, лежала особая юридическая обязанность противудѣйствовать преступленію.

Укрывательство (Verhehlung) есть тоже или положительное участіе въ преступленіи, когда оно основано ни предварительно данномъ обѣщаніи, или самостоятельное преступленіе противу судебной власти государства: препятствованіе этой власти въ раскрытіи истины. Это самостоятельное преступленіе до того видоизмѣняется отъ свойства руководившихъ преступникомъ мотивовъ, что иногда сомнительно считать ли его преступнымъ и запрещать ли его или нѣтъ (состраданіе, дружба, родство). Самый опасный видъ укрывательства есть корыстное укрывательство краденаго по ремеслу, о которомъ римское право отзывается: pessimum genus receptatorum (l. 1 D. de recept.); о которомъ старинная германская юридическая пословица гласитъ: der Hehler ist so gut wie der Stehler. Оно можетъ быть запрещено подъ страхомъ суровыхъ казней, но какъ самостоятельный полицейскій проступокъ, а не какъ прикосновенность къ кражѣ.

Наконецъ что касается до не недонесенія о преступленіи замышляемомъ или уже совершившемся, то за исключеніемъ лицъ, которыя по званію своему обязаны доносить о преступленіяхъ (полиція, должностныя лица) весьма сомнительно можетъ ли оно считаться вообще преступленіемъ уголовнымъ. Кодексы нѣмецкіе преслѣдуютъ недонесеніе только въ нѣкоторыхъ самыхъ тяжкихъ преступленіяхъ (государственная измѣна, поддѣлка монеты, смертоубійство, зажигательство) и взыскиваютъ за него какъ за самостоятельное преступленіе подвергая его легкимъ наказаніямъ (австрійскій кодексъ §§ 212, 213, 214; прусскій § 39; баденскій § 146; саксонской § 70; брауншвейгскій § 48.). Во Франціи недонесеніе ни въ какомъ случаѣ ненаказуемо съ тѣхъ поръ какъ закономъ 28 апрѣля 1832 г. отмѣнены art. 103, 108 и 136, вмѣнявшіе въ обязанность доносить правительству о замышляемыхъ государственной измѣнѣ и поддѣлкѣ монеты. Обязанность общегражданская доношенія отмѣнена вообще въ Виртембергѣ закономъ 18 августа 1849 г. Наши современные общественные организмы теперь на выходѣ изъ того состоянія, въ которомъ при разобщеніи народа и міра оффиціальнаго, членовъ общества и правительства, верховная власть путемъ мѣръ уголовныхъ пыталась добывать свѣдѣнія о преступленіи и на весь народъ распросранила повинность доноса подъ страхомъ строгихъ казней. Опытъ доказалъ что этотъ образъ дѣйствія непрактиченъ, что при этомъ порядкѣ доносовъ бываетъ весьма мало и правительство гораздо менѣе знаетъ о томъ, что происходитъ внутри общества, потому что никто несмеѣтъ явиться обвинителемъ, дабы не прослыть доносчикомъ, повинность же доноса не исполняется, не смотря на казни. Единственное средство поправить эти невыгодныя для правительства отношенія, заключается въ томъ, чтобы отмѣнить всѣ наказанія за недоносъ, привлечь всѣ классы общества къ жизни общественной и дать каждому гражда-

нину право обвиненія другихъ во всѣхъ вообще уголовныхъ преступленіяхъ. Тогда обвиненій явится много и въ сознаніи общества возникнетъ убѣжденіе, что обвиненіе есть обязанность каждаго знающаго о преступленіи гражданина, но обязанность не юридическая, а нравственная.

4) Дѣлятъ участвующія въ преступленіи лица на двѣ группы: главныхъ виновниковъ и второстепенныхъ или пособниковъ (principals and accessaries, Theilnehmer und Gehülfen, auteurs et complices). Это дѣленіе во французскомъ правѣ чисто теоретическое, потому что сдѣлавши его, законодатель подводитъ и auteurs и complices подъ уровень одного и того же наказанія. art 59: Les complices d'un crime ou d'un délit séront punis de la même peine que les auteurs mêmes de ce crime ou de ce délit. Такая драконовская простота, такая необычайная суровость порицаются всѣми французскими криминалистами; они такъ неестественны, что судебная практика старается всячески обходить текстъ закона [1]). Всѣ другія законодательства, вводя это дѣленіе, сообразно ему степенятъ наказанія, болѣе строгимъ подвергаютъ главныхъ виновниковъ, менѣе строгимъ пособниковъ. На чемъ основано это дѣленіе? Были попытки основать его на одной объективной сторонѣ преступленія, [2]) считать главными виновниками только непосредственныхъ физическихъ совершителей злаго дѣла, съ отнесеніемъ лицъ не принимавшихъ участія въ самомъ исполненіи въ разрядъ пособниковъ. Это мнѣніе очевидно ведетъ къ несообразностямъ: X приказалъ сыну совершить убійство, Z подговорилъ дитя къ поджегу; въ обоихъ этихъ примѣрахъ, хотя X и Z ограничились однимъ подстреканіемъ, но они гораздо преступнѣе тѣхъ, которыхъ они побудили къ исполненію своихъ замысловъ преступныхъ. Были попытки основать дѣленіе стекающихся на главныхъ виновниковъ и на пособниковъ на одной субъективной сторонѣ преступленія [3]), на цѣли къ которой стремится каждый изъ преступниковъ. Главный виновникъ смотритъ на преступленіе, какъ на свое собственное; онъ непосредственно заинтересованъ въ преступленіи). Пособникъ разсматриваетъ его какъ чужое; онъ дѣйствуетъ для другаго ли-

---

[1]) *Rossi*, Traité de dr. p. t II p. 188. C'est éviter la difficulté à l'aide de l'injustice. C'est manquer en même temps aux règles de la prudence et aux exigences de l'interêt social. Prononcer contre un complice quelconque la même peine que contre l'auteur du crime, c'est souvent le moyen de contraindre les tribunaux à ne pas déclarer constant le fait de complicité. C'est encore un cas où on arrive à l'impunité par la voie de la terreur.

Chauveau et Hélie éd. Nypels § 665. Telle est l'injustice de cette disposition, que l'interprêtation n'a pas craint de lutter contre ses termes, pour leur imposer quelques distinctions pleines d'humanité.

[2]) Carmignani, Stübel, Mittermaier.

[3]) Henke, Heffter, Marezoll, Köstlin.

ца; онъ помогаетъ только другому лицу въ его стремленіи къ преступной цѣли, самъ этой цѣли неусваивая себѣ. Но замѣтимъ, что личная цѣль въ преступленіи есть такой признакъ, который не всегда можно отыскать, опредѣлить; весьма трудно сказать на сколько каждый изъ соучастниковъ былъ лично заинтересованъ въ успѣхѣ предпріятія. Притомъ пренебреженіе стороною объективною ведетъ тоже къ несообразностямъ, такъ напримѣръ наемный убійца, подряжающійся зарѣзать кого нибудь за нѣсколько рублей весьма мало интересуется успѣхомъ предпринимаемаго преступленія и остается совершенно равнодушенъ къ его послѣдствіямъ, нельзя однако считать его только пособникомъ въ преступленіи.

Оба воззрѣнія надобно соединить. *Главнымъ виновникомъ* слѣдуетъ считать того, кто совершилъ преступленіе; пособникомъ того, кто способствовалъ, помогалъ, содѣйствовалъ [1]) преступленію, совершаемому другимъ лицомъ. Лицо можетъ совершить преступленіе или само прикладывая къ нему руку или возбуждая къ нему другихъ и заставляя ихъ служить орудіями своей воли. Совершеніе представляетъ такимъ образомъ слѣдующіе три возможные случаи: 1) субъектъ самъ замыслилъ преступное дѣло и самъ же его исполнилъ; 2) субъектъ подговоренъ былъ другимъ лицомъ, усвоилъ себѣ и исполнилъ намѣреніе подстрекателя; 3) субъектъ задумалъ преступленіе, подстрекнулъ къ нему другое лицо и исполнилъ свое намѣреніе посредствомъ свободной дѣятельности этого другаго лица. Во всѣхъ трехъ случаяхъ при равныхъ остальныхъ условіяхъ преступленія, вина субъекта одинакова. Онъ долженъ считаться главнымъ виновникомъ и подлежитъ нормальной мѣрѣ наказанія, положенной въ законѣ уголовномъ за преступленіе, въ которомъ онъ участвовалъ. Первые два случая образуютъ *виновничество физическое;* послѣдній случай составляетъ *виновничество интеллектуальное* (психическое) или *подстрекательство.* Виновникъ физическій бываетъ причиною преступленія прямою и непосредственною, а подстрекатель причиною посредственною, дальнѣйшею, но первоначальною. Разница между ними не въ наказаніи, но въ томъ что, при установленіи вмѣненія въ отношеніи къ подстрекателю, звѣномъ связующимъ подстрекателя съ преступленіемъ является виновникъ физическій, котораго дѣйствіями и наказуемостью обусловливается наказуемость подстрекателя.

Способствовать совершенію преступленія другимъ лицомъ можно также трояко: своими силами умственными, своими силами физическими

---

[1]) *Berner*, Grundsätze des preussischen Strafrechts. 1861. § 22.

Прекрасное весьма отчетливое опредѣленіе понятія и видовъ стеченія содержитъ кодексъ саксонскій 1855 г. (§§ 50 — 71).

или тѣми и другими вмѣстѣ. Умственными силами содѣйствуетъ преступнику кто поддерживаетъ своимъ нравственнымъ вліяніемъ состоявшуюся уже въ немъ рѣшимость. Физическими силами содѣйствуетъ преступнику тотъ кто помогаетъ ему устраненіемъ препятствій или доставленіемъ средствъ къ совершенію преступленія. На этомъ основаніи пособничество дѣлится на два вида: физическое и интеллектуальное или умственное, психическое.

И такъ участники раздѣляются на двѣ группы: главныхъ виновниковъ и пособниковъ; каждая группа содержитъ въ себѣ два вида: участниковъ физическихъ и интеллектуальныхъ; каждой группѣ посвящена будетъ особая статья. Кромѣ этихъ двухъ статей, необходима еще третья. Когда въ преступленіи участвуютъ многіе главные виновники, то на наказуемость ихъ имѣетъ вліяніе свойство существовавшей между ними связи. Стеченіе менѣе преступно, когда состоялось безъ предварительнаго соглашенія; болѣе преступно, когда состоялось по заговору; наконецъ оно крайне преступно, когда учинено уорганизованною шайкою злодѣевъ. Третья статья будетъ посвящена различнымъ формамъ стеченія многихъ виновниковъ въ одномъ и томъ же преступленіи.

СТАТЬЯ I.

Главные виновники физическіе и умственные (подстрекатели).

§ 59. *Физическимъ виновникомъ* признается тотъ, кто физически, тѣлесно участвуетъ въ самомъ исполненіи преступнаго намѣренія, то есть не въ пріуготовительныхъ дѣйствіяхъ, но покрайней мѣрѣ въ покушеніи на преступленіе, причемъ все равно самъ ли онъ задумалъ преступленіе или былъ къ тому возбужденъ другими лицами; требуется только чтобы онъ дѣйствовалъ при исполненіи преступленія добровольно. Увлеченный другими физическій виновникъ одинаково виноватъ, какъ и тотъ, кто самъ собою, безъ чужаго навожденія произвелъ преступленіе, потому что онъ добровольно усвоилъ себѣ чужое преступное намѣреніе, слѣдовательно взялъ его на свою душу, на свою отвѣтственность, сдѣлался въ преступленіи сообщникомъ. На этомъ основаніи можно считать главнымъ виновникомъ въ извѣстномъ преступленіи человѣка, который повидимому къ этому преступленію лично не способенъ, напримѣръ женщина можетъ быть наказана за изнасилованіе, если она помогала физически мужчинѣ изнасиловать другую женщину; холостой человѣкъ можетъ быть наказанъ за прелюбодѣяніе. Въ количественномъ отношеніи физическій виновникъ могъ сдѣлать весьма немногое (напр. онъ держалъ

за руку того, кого другіе убивали), но этого достаточно для признанія его однимъ изъ главныхъ виновниковъ убійства. Умъ нашъ въ своихъ сужденіяхъ идетъ всегда отъ извѣстнаго къ неизвѣстному, отъ достовѣрнаго къ вѣроятному, отъ причины ближайшей и очевидной, къ причинамъ первоначальнымъ. По этому физическій виновникъ занимаетъ центральный пунктъ въ ученіи о стеченіи; его вина есть нормальная, съ которою сообразуется мѣра вины и для пособниковъ и для подстрекателей; съ его точки зрѣнія опредѣляется преступленіе и для другихъ; подъ его преступленіе подводятся и подстрекатели и пособники, такъ что они являются нарушителями только того уголовнаго закона, который физическимъ виновникомъ нарушенъ. P солдатъ; Q пріятель его мѣщанинъ подговариваетъ его къ побѣгу, а R другой его пріятель тоже мѣщанинъ доставляетъ ему партикулярное платье и облегчаетъ тѣмъ его побѣгъ. Если бы эти дѣйствія судить съ точки зрѣнія подстрекателя или пособника, то они вовсе ненаказуемы, потому что и Q и R какъ не военные, не способны лично къ совершенію побѣга; но они могутъ быть судимы и наказаны за побѣгъ P, потому что ихъ вина опредѣляется дѣйствіемъ виновника физическаго. Отецъ дающій средства постороннему мужчинѣ имѣть соитіе тѣлесное съ дочерью можетъ быть наказанъ только за сводничество, но никакъ не за кровосмѣшеніе. Въ нѣкоторыхъ законодательствахъ кража семейная (т. е. между родными) вовсе ненаказуема, а кража домашняя (то есть совершенная слугою) наказуема строже обыкновенной. Если сынъ поручилъ слугѣ украсть часы у отца, то это будетъ кража домашняя, а не семейная. Если посторонній подговорилъ сына украсть часы у отца, то это будетъ кража семейная и для сына и для подстрекателя. Еще рельефнѣе выражается начало опредѣленія вины всѣхъ соучастниковъ по винѣ физическаго виновника въ примѣненіи къ преступленіямъ, усложняющимся вслѣдствіе родственныхъ или другихъ личныхъ отношеній преступниковъ къ предмету преступленія. Есть преступленія которыя отъ личныхъ связей преступника съ жертвою становятся специфически особенными, вдвое болѣе тяжкими напр. отцеубійство. Положимъ что нѣкто подговорилъ по злобѣ сына своего врага, чтобы этотъ сынъ убилъ своего отца. Подстрекатель не родня убитому, а совершенно постороннее лицо; однако онъ будетъ наказанъ какъ за отцеубійство, коль скоро онъ зналъ что убійца есть сынъ убиваемаго, потому что онъ понималъ сколь противуестественно это злодѣяніе, и не смотря на то произвелъ его, слѣдовательно онъ долженъ за него и отвѣчать. Предположимъ на оборотъ что сынъ нанялъ посторонняго человѣка для убіенія своего отца, отецъ убитъ; сынъ долженъ быть подведенъ только подъ законъ о простомъ смертоубійствѣ, потому что преступленіе въ существѣ своемъ неизмѣняется отъ того, кто его виновникъ умственный; между дѣломъ преступнымъ и подстре-

кателемъ стоитъ какъ посредствующій членъ, физическій виновникъ, который разрываетъ всякую прямую и непосредственную между ними связь. Противное принятому нами началу повело бы къ неисчислимымъ затрудненіямъ и въ концѣ концовъ къ тому, что каждому изъ стекающихся одно и тоже дѣло будетъ вмѣняться какъ особое преступленіе, причемъ, конечно, нельзя и думать о томъ, чтобы дѣлить ихъ на разряды и степенить наказанія по внутренней связи между стекающимися, а многіе изъ стекающихся останутся совсѣмъ ненаказанными, если они лично неспособны къ тому преступленію въ которомъ обвиняются. Впрочемъ надобно замѣтить что разбираемый нами теперь вопросъ о вліяніи на наказуемость подстрекателя принадлежитъ къ числу самыхъ спорныхъ въ уголовномъ правѣ положительномъ и въ наукѣ. Въ смыслѣ указанномъ нами его рѣшаютъ французская практика и коментаторы, придерживаясь буквально словъ art. 59: les complices.... séront punis.... de la même peine que les auteurs (*Chauveau et Hélie*). Théorie du c. p. édit. *Nypels* § 714). Практика бельгійская, кодексъ австрійскій (§ 137.). многія законодательства нѣмецкія рѣшаютъ его въ противномъ смыслѣ (въ § 65 саксон. кодекса 1855 г. сказано: hat sich jedoch der Anstifter des Angestifteten nur als Mittel für seine eigenen Zwecke bedient, so richtet sich die Strafe des ersteren lediglich nach seinem Verhältniss zur That.) [1]. Кодексы прусскій, новый баварскій, гессенъ-дармштадскій обходятъ этотъ вопросъ молчаніемъ. Новѣйшіе криминалисты, *Berner* (Grundsätze des Preuss. Strafrechts S. 35), *Kräwel* (стр. 146) *Hélie* (l. c.) даютъ ему противуположное нашему рѣшеніе.

§ 60. Перейдемъ къ подстрекателямъ (Anstifter, instigateurs). *Подстрекателемъ* считается тотъ, кто вознамѣрившись совершить преступленіе, совершаетъ его не самъ, но посредствомъ другаго лица, въ которомъ онъ возбуждаетъ добровольную на это преступленіе рѣшимость. Подстрекательство есть понятіе относительное, оно немыслимо безъ дополняющаго его понятія физическаго виновничества. Въ особенной части уголовнаго права могутъ быть полагаемы наказанія за воззваніе къ совершенію того или другаго преступленія; какъ за самостоятельный полицейскій проступокъ. Прусскій кодексъ 1851 г. (§ 36) за подобныя воззванія неувѣнчавшіяся успѣхомъ наказываетъ заключеніемъ въ тюрьмѣ на время до одного года. Но разсматриваемое въ связи съ преступленіемъ къ которому оно вело, подстрекательство обусловливается налич-

---

[1]) Однако въ 55 сказано о пособникахъ: Hat die That nach den persönlichen Verhältnissen des Urhebers eine andere strafrechtliche Natur, als nach denen des Gehülfen, so richtet sich die Strafe der Gehülfen nach demjenigen Verbrechen welches dem Urheber nach dessen Verhältnissen zur Last fällt.

ностью преступнаго внѣшняго дѣйствія со стороны физическаго виновника, возможностью указать на лицо съ сознаніемъ и волею исполнившее преступленіе. Это лицо могло бѣжать, могло умереть; въ данномъ случаѣ наказаніе можетъ быть къ нему непримѣнимо физически, но необходимо чтобы это лицо существовало, чтобы можно было про него сказать, что оно виновато и достойно наказанія. Если по какимъ нибудь причинамъ дѣйствіе физическаго виновника оказывается непреступнымъ уголовно, то не можетъ быть и преступнаго подстрекательства къ нему (напр. не можетъ быть преступнаго подстрекательства къ самоубійству). Наказаніе поражаетъ прежде всего физическаго виновника, и только при наличности его, отлетая отъ него, оно можетъ, такъ сказать, рикошетомъ, поразить и подстрекателя. Отъ подстрекателя требуются слѣдующія условія: 1) чтобы онъ выростилъ въ себѣ умыселъ преступный; 2) что бы онъ привилъ этотъ умыселъ другому; 3) что бы это другое лицо посягнуло на преступное дѣло, то есть если не совершило, то по крайней мѣрѣ покусилось на совершеніе преступленія. Разсмотримъ каждое изъ этихъ условій.

1) *Умыселъ.* Подстрекательство можетъ быть только умышленное, а не неосторожное, потому что обыкновенное, обязательное для каждаго въ общежитіи благоразуміе можетъ предвидѣть только ближайшія, непосредственныя послѣдствія дѣйствій лица въ мірѣ внѣшнемъ. Разсыпая свои мысли въ рѣчахъ никто не можетъ услѣдить за всѣми психическими впечатлѣніями, производимыми этими рѣчами на окружающія его лица; не можетъ угадать что неосторожно высказанное слово падетъ на подготовленную для воспріятія его почву и принесетъ плодъ—преступленіе. Химикъ объяснившій какимъ образомъ можно выводить чернила изъ бумаги не можетъ отвѣчать за то, что поддѣльщикъ документовъ воспользовался его открытіемъ для искаженія подлиннаго акта; журналистъ разсказавшій уголовный случай отравленія, за то что его разсказъ навелъ кого нибудь на мысль отравить другое лицо тѣмъ же ядовитымъ веществомъ и тѣмъ же способомъ.

2) *Привитіе умысла другому лицу, возбужденіе его къ преступленію.* Если подстрекательство неудалось, то есть если подстрекаемый не рѣшился или не могъ исполнить того къ чему онъ былъ подстрекаемъ, то само подстрекательство ненаказуемо какъ уголовное преступленіе и можетъ подлежать отвѣтственности только какъ проступокъ полицейскій, если оно спеціально запрещено закономъ. Его нельзя разсматривать ни какъ покушеніе на подстрекательство, ни какъ покушеніе на преступленіе, потому что оно только приготовленіе и притомъ приготовленіе недѣйствительное, такъ какъ средство употребленное подстрекателемъ было неудачное, негодное. Такъ рѣшаютъ этотъ вопросъ законодательства французское, прусское (§ 34), виртембергское (§ 74), гессенъ-дармштад-

ское (§ 711), баденское (§ 119). Они придерживаются того начала что не можетъ быть преступнаго соучастія (complices) безъ наличности преступнаго дѣла (fait principal). Напротивъ того кодексы австрійскій (§ 9), саксонскій (§ 64) и ганноверскій (§ 55) наказываютъ неудавшееся подстрекательство какъ покушеніе на преступленіе къ которому подговариваетъ подстрекатель, но подобное обращеніе съ подстрекательствомъ лишено достаточныхъ основаній логическихъ. Еще спорнѣе вопросъ о томъ возможно ли подстрекательство къ преступленію лица уже на преступленіе рѣшившагося (instigatio alias facturi). Нѣкоторые криминалисты [1]) доказываютъ что въ этомъ случаѣ подстрекательство столь же невозможно, какъ напр. нанесеніе преступное ранъ трупу, что оно небольше какъ преступленіе мнимое и потому ненаказуемо. Съ этимъ мнѣніемъ трудно согласиться. Если преступникъ неначинавшій еще исполненія имѣетъ въ душѣ нѣкоторые мотивы, но еще недостаточные для совершенія преступленія и если въ эту пору подговорщикъ пристаетъ къ нему, къ имѣющимся мотивамъ прибавляетъ новый и этимъ новымъ толчкомъ заставляетъ его окончательно рѣшиться, то подговорщикъ наказуемъ какъ виновникъ интеллектуальный. Если преступникъ уже рѣшился, а своими наущеніями подговорщикъ облегчаетъ ему только исполненіе, то его надобно считать интеллектуальнымъ пособникомъ къ преступленію [2]).

Возбужденіе преступнаго умысла подстрекателемъ въ другомъ лицѣ возможно только при употребленіи внѣшнихъ средствъ, убѣжденій, рѣчей, тѣлодвиженій, знаковъ, могущихъ склонить подстрекаемаго рѣшиться на преступленіе. Эти средства не должны быть неотразимы, не должны исключать въ подстрекаемомъ возможности сопротивляться, потому что въ такомъ случаѣ по недостатку свободнаго усвоенія подстрекаемымъ чужаго умысла, подстрекаемый превращается въ пассивное и безотвѣтственное орудіе цѣлей другаго лица, а принуждающій другихъ непреодолимою силою, угрозами или завлекающій ихъ обманомъ на преступное дѣло или толкающій на преступленіе сумашедшаго не можетъ считаться подстрекателемъ: онъ просто физическій виновникъ, на которомъ исключительно и не раздѣльно лежитъ вся вина, на котораго падаетъ вся отвѣтственность. И такъ подстрекательства нѣтъ въ случаяхъ, когда физическій виновникъ дѣйствовамъ не по доброй волѣ и безъ знанія послѣдствій дѣйствія. Съ другой стороны средства подстрекательства должны быть столь сильны, чтобы могли въ данномъ случаѣ преодолѣть въ душѣ физическаго виновника страхъ наказанія и отвращеніе къ преступленію и вызвать его къ дѣйствію. Эти средства могутъ быть разнообраз-

---

[1]) *Berner*, Theilnahme am Verbrechen.

[2]) *Bar*, Zur Lehre vom Versuch und Theilnahme. 1859.

ны до безконечности. И законодательства и ученые стараются ввести классификацію формъ, въ которые можетъ облекаться вліяніе подстрекателя. Art. 60 кодекса французскаго говоритъ: Séront punis comme complices ceux qui par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables auront provoqué à cette action ou donné des instructions pour la commetre. Прусскій кодексъ 1851 г. (§ 34) переводитъ слово въ слово текстъ ст. 60 кодекса французскаго: Geschenke oder Versprechungen, Drohungen, Missbrauch des Ansehens oder der Gewalt, absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrthums, но въ концѣ перечня ставитъ прибавку: oder durch andere Mittel. Австрійскій кодексъ 1852 считаетъ (§ 51) средствами подстрекательства Befehl, Anrahten, Unterricht, Lob. Эти перечисленія ни къ чему не ведутъ, потому что a) нѣтъ возможности опредѣлить всѣ формы нравственнаго вліянія однаго лица на другое; b) характеръ формы нисколько не способствуетъ къ опредѣленію относительной преступности подстрекателя; главное не въ томъ, какое средство онъ употребилъ, но въ томъ удачно ли онъ подѣйствовалъ на пробужденіе въ другомъ лицѣ мотивовъ къ преступленію. Иногда самое сильное по видимому средство, напримѣръ приказъ съ угрозою, разбивается какъ будто о скалу, о непреклонную волю или о капризъ подстрекаемаго, а иногда одно слово, намекъ, жестъ, простой совѣтъ сообщенный съ особеннымъ на него удареніемъ, простое высказанное желаніе заставляютъ подстрекаемаго бросаться изъ угодливости въ огонь и въ воду, рѣшаться на самыя отчаянныя предпріятія. Одно только слѣдуетъ замѣтить: эти средства должны быть положительныя а не отрицательныя, они должны заключаться въ дѣйствіи а не въ бездѣйствіи; иными словами не возможно подстрекательство безмолвное или подразумѣваемое (mandatum tacitum). Оно можетъ считаться иногда попустительствомъ, но никогда средствомъ подстрекательства. Положимъ что дѣти совѣщаются въ присутствіи отца о томъ, какимъ бы образомъ извести общаго фамильнаго врага; отецъ молчитъ; онъ авторитетъ въ семьѣ, дѣло же соединено съ общимъ интересомъ семьи; можетъ быть онъ и не прочь отъ преступленія, но онъ не хочетъ чтобы преступленіе совершилось его именемъ, онъ остается въ сторонѣ и не можетъ быть наказанъ, какъ за подстрекательство.

3) *Исполненіе преступнаго умысла другимъ лицомъ.* Подстрекательство есть не болѣе какъ приготовленіе къ преступленію. Вмѣсто того чтобы вооружиться ядомъ, револьверомъ, палкою, подстрекатель вооружается живымъ орудіемъ — такимъ же лицомъ какъ онъ самъ. Приготовленіе само по себѣ ненаказуемо; такъ точно и подстреканіе. Наказуемость подстрекательства начинается съ минуты, когда возбужденный къ дѣйствію физическій виновникъ по крайней мѣрѣ началъ исполне-

ніе преступнаго намѣренія, то есть съ момента покушенія. За покушеніе со стороны физическаго виновника подстрекатель отвѣчаетъ какъ за покушеніе; за совершеніе, какъ за совершеніе; ему вмѣняется только то дѣло, которое совершено физическимъ виновникомъ. Если физическій виновникъ началъ исполненіе, но потомъ добровольно отъ него отступилъ, то ни онъ, ни подстрекатель не наказуемы за это оставленное преступленіе. Какое вліяніе на наказуемость подстрекателя имѣетъ перемѣна въ немъ преступнаго намѣренія? Если преступленіе уже совершено въ ту минуту, когда подстрекатель раздумалъ и раскаялся, то его позднее раскаяніе не только не уничтожаетъ, но даже и не ослабляетъ вмѣненія. Онъ отвѣчаетъ за злое дѣло точно на такомъ же основаніи, какъ тотъ кто поставивъ ядъ передъ своею жертвою и потомъ ушедши раскаялся, возвратился назадъ чтобы убрать ядъ, но ядъ уже вкушенъ. Однако если подстрекателю удалось не только отозвать свой приказъ, свое порученіе, но и изгладить слѣды своего вліянія на подстрекаемаго или воспрепятствовать ему при физическомъ исполненіи преступнаго намѣренія, то подстрекатель не наказуемъ. (§ 64 Сакс. кодекса; §§ 123 и 124 баденскаго).

Прививая свое намѣреніе подстрекаемому, подстрекатель отвѣчаетъ за избранныя подстрекаемымъ средства на столько, на сколько эти средства были въ прямой, естественной связи съ намѣреніемъ. Но подстрекатель не отвѣчаетъ за *excessus instigati* или за превышеніе подстрекательства, то есть за то, въ чемъ подстрекаемый прямо уклонился отъ наущеній, или за то, что онъ сверхъ наущеній совершилъ (напр. А поручилъ В побить С; В не только побилъ но и убилъ С. D подстрекнулъ F похитить кольцо носимое G на пальцѣ; F отрубилъ самъ палецъ на который надѣто было кольцо.) Если подстрекатель долженъ былъ предвидѣть что подстрекаемый совершитъ преступленіе именно съ увеличивающими вину его обстоятельствами, то онъ за эти обстоятельства можетъ отвѣчать какъ за неосторожность.

По прямой зависимости вины подстрекателя отъ дѣйствій внѣшнихъ подстрекаемаго, давность должна считаться подстрекателю не съ минуты подстреканія, но съ минуты покушенія на преступленіе или совершенія преступленія физическимъ виновникомъ.

СТАТЬЯ 2.

Пособники.

§ 61. *Пособниками* (Gehülfen, socii delicti, complices) называются лица помогавшія преступнику въ его преступленіи, но не принимавшія прямаго участія въ совершеніи, ни какъ подстрекатели, ни какъ виновники физическіе. Роль ихъ второстепенная; участіе ихъ ограничивается одними только дѣйствіями пріуготовительными. Пособничество бываетъ интеллектуальное (умственное) или физическое. Пособникъ интеллектуальный поддерживаетъ въ преступникѣ своими умственными силами преступную рѣшимость. Отъ подстрекателя онъ отличается тѣмъ, что не онъ возбудилъ эту преступную рѣшимость; онъ только облегчилъ или ускорилъ исполненіе имѣющейся преступной рѣшимости своими совѣтами, одобреніемъ, обнадеживаніемъ, обѣщаніемъ попустительства или укрывательства или уничтоженія слѣдовъ преступленія. Пособникъ физическій отличается отъ виновника физическаго тѣмъ, что все его участіе относится къ области приготовленія, а не исполненія преступнаго намѣренія, слѣдовательно оно можетъ состоять только въ доставленіи преступнику орудій преступленія или въ устраненіи матеріальныхъ къ совершенію преступленія препятствій. Законодательство прусское § 35 подраздѣляетъ пособничество на существенное или необходимое и несущественное (wesentliche und nichtwesentliche), но на практикѣ нѣтъ возможности отличить необходимое пособничество отъ обходимаго и сказать утвердительно что преступникъ не могъ совершить преступленіе никакимъ другимъ способомъ, кромѣ того, котораго употребленіе облегчено ему было пособникомъ. Тѣже самыя неудобства представляетъ дѣленіе саксонское пособничества на близкое и отдаленное (§ 54 — nahe und entfernte Beihülfe). Лучше оставить эти дѣленія и предоставить судьѣ возможность степенить наказанія для пособниковъ смотря по субъективному элементу въ ихъ винѣ.

Необходимыя условія пособничества слѣдующія:

1) *Умыселъ.* Пособничество можетъ быть только завѣдомое и умышленное и возможно только въ примѣненіи къ преступленіямъ умышленнымъ.

2) *Наличность главнаго виновника.* Пособлять можно только кому нибудь. Пособникъ есть только спутникъ главнаго виновника, безъ котораго онъ не мыслимъ, потому что онъ лицо придаточное и наказаніе можетъ поразить его только отразившись отъ главнаго виновника. Только при возможности вмѣнить кому нибудь преступленіе непосред-

ственно, открывается возможность привлечь и пособника къ отвѣтственности. Вслѣдствіе этой зависимости пособника отъ главнаго виновника наказуемость его начинается только съ минуты совершенія или по крайней мѣрѣ покушенія на преступленіе со стороны главнаго виновника.

Кодексъ французскій 1810 г. (art. 59) и австрійскій 1852 г. (§ 15) уравниваютъ вполнѣ по наказуемости пособниковъ съ главными виновниками, но эта чрезмѣрная суровость, ни чѣмъ не оправдываемая, отвергается почти единогласно современными криминалистами. Прусское законодательство (§ 35) уравниваетъ по наказанію съ главными виновниками только тѣхъ пособниковъ, которыхъ содѣйствіе было существенно (необходимо), для остальныхъ же смягчаетъ наказаніе. Кодексъ саксонскій (§ 55) понижаетъ наказаніе даже для пособничества близкаго (nahe Beihülfe). Всѣ остальные кодексы нѣмецкіе придерживаются того же начала — пониженія наказанія для пособниковъ одною или нѣсколькими степенями. Основаніе логическое этого начала заключается въ томъ, что данныя изъ которыхъ выводится заключеніе о винѣ пособниковъ менѣе тверды, менѣе положительны. Дѣйствія пособниковъ относятся къ области приготовленія; совершеніе преступленія пришлось на долю другимъ лицамъ; пособники можетъ быть никогда бы не рѣшились совершить преступленіе сами; они могли и не желать ему удачи, а содѣйствовать ему такъ только, изъ угожденія главному виновнику (напр. А намѣренъ похитить дѣвицу, чтобы на ней жениться; пріятель его В изъ одной только дружбы, достаетъ ему паспортъ, нанимаетъ лошадей и приготовляетъ всѣ средства къ побѣгу.

СТАТЬЯ 3.

О формахъ стеченія нѣсколькихъ главныхъ виновниковъ въ одномъ и томъ же преступленіи.

§ 62. Виды стеченія преступниковъ могутъ быть безконечно различны; случается что изъ стекающихся одинъ главный виновникъ, а другіе пособники; случается что главныхъ виновниковъ бываетъ нѣсколько. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ, смотря по тому было ли совмѣстное дѣйствованіе ихъ заранѣе условлено между ними или нѣтъ, стеченіе подраздѣляется на слѣдующіе три вида: a) стеченіе не основанное на предварительномъ между преступниками соглашеніи; оно хорошо выражается въ техническомъ юридическомъ языкѣ русскомъ, словомъ *скопъ*; b) стеченіе основанное на предварительномъ между главными виновниками

соглашеніи или *заговоръ*; с) стеченіе въ преступленія цѣлаго общества злодѣевъ, занимающихся преступленіемъ въ видѣ ремесла или *шайка*.

1) *Преступники дѣйствовавшіе скопомъ* (zufällige Miturheberschaft). Не только при преступленіяхъ внезапныхъ (драка, бунтъ), но и при предумышленныхъ возможно стеченіе случайное нѣсколькихъ главныхъ виновниковъ, которыхъ свелъ случай на мѣстѣ преступленія и которые дѣлаются соучастниками въ самъ моментъ совершенія (напр. три разбойника разныхъ шаекъ напали въ одно и тоже время на транспортъ товаровъ и узнавъ что цѣль у нихъ одна и таже, грабятъ транспортъ соединенными силами). Отъ дѣйствовавшихъ скопомъ требуется: a) единство преступнаго намѣренія, сознанное преступниками; b) единство въ дѣйствованіи для осуществленія этого намѣренія.

2) *Заговорщики*. (Complottanten). Такъ называются соучастники предварительно согласившіеся на совершеніе преступленія общими силами, вслѣдствіе чего произошло само преступленіе или покушеніе на оное. Заговоръ обусловливается слѣдующими данными: 1) общимъ присущимъ каждому изъ заговорщиковъ преступнымъ умысломъ; 2) взаимнымъ предварительнымъ соглашеніемъ относительно исполненія замышляемаго преступленія, съ изъявленіемъ рѣшимости на преступленіе и обѣщаніемъ взаимнаго содѣйствія. Заговорщики болѣе преступны нежели тѣ, которые дѣйствовали скопомъ, потому что: a) заговоръ опаснѣе скопа; соединеніе многихъ преступныхъ волей въ одну общую связку, заразительность примѣра, боязнь мести со стороны сообщниковъ; боязнь измѣнить данному слову—всѣ эти обстоятельства сильно соединяютъ заговорщиковъ и сообщаютъ ихъ дѣйствованію неотразимую часто силу. Заговоръ столь опасенъ, что хотя онъ самъ по себѣ есть только приготовленіе къ преступленію, но многія законодательства наказываютъ его какъ самостоятельный полицейскій проступокъ (въ прусскомъ только заговоръ на государственную измѣну (§ 63); въ иныхъ кодексахъ заговоръ на всякое вообще преступленіе: саксонскій (§ 58), виртембергскій (§ 80, 81), баденскій (§ 123), гессенъ-дармштадскій (§ 76), ганноверскій (60). Заговоръ и съ субъективной стороны преступнѣе скопа, по причинѣ бо́льшей умышленности въ дѣйствовавшихъ лицахъ. Между заговоромъ и скопомъ такая же разница, какъ между dolus praemeditatus и dolus repentinus. При предварительномъ размѣнѣ мыслей и обсужденіи предмета преступленія, умыселъ преступниковъ получилъ бо́льшую рельефность, опредѣленность, въ нихъ зрѣлѣе было знаніе послѣдствій. Изъ общей массы заговорщиковъ выдѣляются основатели заговора или зачинщики (Complottstifter), также предводители заговорщиковъ при совершеніи преступленія (Anführer).

3) *Шайки преступниковъ*. Шайка (Bande) есть общество изъ нѣсколькихъ лицъ согласившихся между собою предварительно на цѣлый

рядъ въ отдѣльности еще не опредѣленныхъ преступленій, которыя они рѣшаются совершать общими силами. Отличительные признаки шайки: a) многочисленность и b) неопредѣленность замышляемыхъ преступленій. Послѣднимъ признакомъ шайка отличается отъ заговора и можетъ быть названа заговоромъ неопредѣленнымъ (unbestimmtes Complott). Шайка преступнѣе заговора, потому что: a) она кроетъ въ нѣдрахъ своихъ неизсякаемый источникъ преступныхъ замысловъ, и образуетъ status in statu, группу лицъ направленную къ ниспровержению общественнаго порядка; b) злоумышленность превратившаяся въ ремесло есть крайній предѣлъ противузаконности. Всякому преступленію совершаемому шайкою предшествовалъ опредѣленный заговоръ, а этому опредѣленному заговору предшествовалъ другой неопредѣленный заговоръ на цѣлый рядъ преступленій. Вотъ почему наказаніе за преступленія заговоромъ можетъ быть возвышаемо противу наказаній за преступленія скопомъ за самый фактъ составленія заговора, а наказанія за преступленія совершенныя шайкою могутъ быть возвышаемы противу наказаній за преступленія совершаемыя заговоромъ за самъ фактъ образованія шайки. Кромѣ того во всѣхъ почти законодатсльствахъ само образованіе шайки разсматривается какъ весьма тяжкій уголовный проступокъ и подвергается весьма строгимъ взысканіямъ, хотя бы преступники не успѣли еще исполнить ни однаго изъ замышляемыхъ ими злодѣяній.

Понятія заговора и шайки, въ смыслѣ общихъ формъ стеченія выработаны были нѣмецкою наукою уголовнаго права и вошли въ общую часть многихъ нѣмецкихъ кодексовъ (въ ганноверскомъ § 57, виртембергскомъ § 79, гессенъ-дармштадтскомъ § 74, саксонскомъ §§ 58, 60). Они чужды законодательству французскому. Новѣйшее законодатсльство нѣмецкое послѣднихъ лѣтъ приближается къ французскому, выбрасывая ученіе о заговорѣ и шайкѣ изъ общей части упоминаетъ объ нихъ изрѣдка въ части особенной, при изложеніи отдѣльныхъ преступленій (напр. заговоры политическіе, шайки воровскія и разбойническія), и подчиняетъ во всѣхъ остальныхъ случаяхъ стеченіе заговоромъ или шайкою правиламъ общимъ постановленнымъ для преступленій совершаемыхъ скопомъ (австрійскій кодексъ 1852, прусскій 1851, виртембергскій законъ 13 августа 1849 г., баварскій кодексъ 1861 г.). Причина такой перемѣны заключается не въ томъ, что самыя понятія заговора и шайки неправильны (они безукоризненны въ логическомъ отношеніи), но въ желаніи упростить по возможности ученіе о стеченіи и избѣгнуть множества затрудненій, неизбѣжныхъ при введеніи всякаго тонкаго отличія въ субъективной сторонѣ преступленія—винѣ.

ОГЛАВЛЕНІЕ

ПЕРВАГО ВЫПУСКА.

